

פרק ה':

סעד זמני נגד קבלן

1. על-מנת להצליח בתביעה לקבלת צו מניעה, לא די בכך שהמבקשים יוכיחו, שתוכנית בניין הערים והיתר הבניה, שמכוחם מבוצעת הבניה, הינם בטלים, אלא שעליהם להוכיח, בגדר עוולת הנזיקין של הפרת חובה חקוקה, שתיפגע נוחותם או הנאתם מרכושם, או בגדר העוולה של מיטרד ליחיד, שתיגרם להם הפרעה של ממש משימוש סביר במקרקעיהם או בהנאתם הסבירה מהם, בהתחשב במקומם ובטיבם.

המ' 468/81 נוצר חברה לנאמנות בע"מ ואח' נ' אורביט מדיסנטרס בע"מ, פ"ד לה(4) 737.

שבניין זה יגרום, כאשר יעמוד על תלו, בשל רעש וזיהום אוויר ופגיעה בפרטיות, אם בכלל ייגרמו מיטרד ואי-נוחות מבחינות אלה. רק מבחן המציאות יוכיח זאת. מכל מקום הובהר, כי לא יהא קושי מיוחד לאכוף את הצווים שניתנו על-ידי בית-המשפט בעניין הליכי ביזיון בית-המשפט, אם יהיה צורך בכך. בהתייחסו לטענה בדבר ירידת ערכם הכספי של בתי המבקשים, אם יוקם הבניין של המשיבה, ציין השופט לנדוי, כי אינו מבין כיצד הגיע בית-המשפט השלום למסקנתו בדבר נזקים כספיים משמעותיים. בכל מקרה הוסיף, כי אם יוכח נזק ממשי כזה אחרי הפעלת המרכז הרפואי של המשיבה, אפשר יהיה לפצות את המבקשים על כך בפיצוי כספי, ואין בזה עילה מספקת למתן צו, המונע את הקמת המרכז. הבקשה למתן רשות לערעור נדחתה.

בית-המשפט השלום מצא, שהמבקשים הוכיחו נגד המשיבה עילה של הפרת חובה חקוקה ועילת מטרד, ומשמצא, כי הוכחו גם יתר התנאים למתן צו מניעה בשל כך, הורה על המשיבים להימנע מלהמשיך בהקמת בניין למרכז רפואי, שהיא בונה בסמוך לבתים שבבעלות המבקשים, וגם ציווה על הריסתו של מה שכבר הספיקה המשיבה לבנות. פסק-דינו של בית-המשפט השלום בוטל בבית-המשפט המחוזי, אחרי שהמשיבה קיבלה על עצמה שינויים בבניין העומד לקום לעומת מה שתוכנן תחילה. השופט לנדוי קיבל הטענה, כי העניין הנדון נמצא עדיין בתחום הנזק הצפוי, בתביעה מסוג quia timet, ולא בתביעה על נזק שכבר החל להגלות בפועל. ההלכה היא, שבתביעה מסוג זה, על התובע להוכיח "נזק של ממש שקרוב לוודאי כי יקרה". קשה לדעת מראש, מה תהיה מידת המיטרד ואי-הנוחות

2. מתן צו מניעה לשמירה על המצב הקיים ולמניעת קביעתן של עובדות מוגמרות.

ב"ש 1222/85 יהושע נחשון ואח' נ' שרה ישי ואח', פ"ד מ(1) 103.

עד שסוכלה עסקת הקומבינאציה, הספיקה החברה הקבלנית להתקשר עם קונים שונים, בכללם המבקשים, והתחייבה כלפיהם לבנות עבורם ולרשום על-שםם דירת מגורים. הם גם קיבלו מהם סכומים על-חשבון מחיר הדירה. כתוצאה מההתקשרות בין החברה הקבלנית לבין המבקשים, נרשמה לטובתם הערת אזהרה על הקרקע הנדונה. לטענת המבקשים, הבעלים של הקרקע היתה

המשיבה 1 היא הבעלים הרשום של מקרקעין מסויימים עליהם היה ניצב בית של המשיבה 1 (להלן: הבעלים). בשנת 1981 התקשרה הבעלים עם חברת קבלני בניין שהגיעה להליכי פירוק (היא המשיבה 2). לפי ההסכם שנערך ביניהן, שהיה הסכם המוכר כ"עסקת קומבינאציה", אמורה היתה החברה הקבלנית לבנות על הקרקע בית משותף. פרט לכך שהבית נהרס, מאומה לא יצא מאותה עסקה.

נמצא, שלכאורה חופשית הבעלים של הקרקע להתקשר עם אדם שייראה לה, למכור לו את הקרקע ולהעביר לו את הבעלות בה או להעניק לו זכויות קנייניות אחרות. אם כן ייעשה - אפשר שיוכל מראש עיקר טעמו של הערעור.

בא-כוח הבעלים של הקרקע איננו מוכן להחזיר את רישום הערות האזהרה, שאותן מחק כדין מכוח פסק-הדין.

לפיכך, ביקשו המבקשים, לחלופין, לשמור על המצב הקיים ולמנוע קביעת עובדות מוגמרות על-ידי מתן צו מניעה, האוסר על הבעלים של הקרקע לעשות כל עסקה בקרקע זו ולהעביר זכויות קנייניות בה לאחרים, בטרם יוכרע העניין.

לבקשה זו נעתר בית-המשפט וציווה, שהבעלים של הקרקע, וכל מי שפועל מכוחה ומטעמה, לא יתקשר בעסקה מחייבת למכירה או להקניה של זכויות קנייניות במקרקעין הנ"ל לכל אדם, ולא יבצע פעולות רישום במשרד ספרי האחוזה במקרקעין הנ"ל, עד אשר יינתן פסק-דין בערעור האמור.

מעורבת ישירות בעידוד המבקשים להתקשר עם החברה הקבלנית ובקידום העסקה שביניהם.

הבעלים של הקרקע ביקשה בתביעה שהגישה לבית-המשפט, כי תימחקנה כל הערות האזהרה שנרשמו על הקרקע.

בית-המשפט נעתר לתביעה וציווה למחוק את כל הערות האזהרה, כי סבר, שמבחינה משפטית אין עוד נפקות לאותן הערות אזהרה.

השופט קמא לא התייחס למעשה בפסק-הדין, וגם נמנע מלהתייחס במהלך הדיון לטענה, כי הבעלים של הקרקע היתה מעורבת ישירות בעידוד העסקה, וכתוצאה מכך ברישום הערת האזהרה, ביחסים שבין המבקשים והחברה הקבלנית.

הושמעה בקשה לפני הדרגה הראשונה, לעכב את ביצוע מחיקת הערות האזהרה, והבקשה נדחתה.

לפיכך הוגשה הבקשה דנן במקביל להגשת ערעור על פסק-הדין. עד שהבקשה הוגשה והגיעה לדיון, נמחקו הערות האזהרה.

3. עצירת תשלום של כספי ערבות בנקאית אוטונומית - הבחנה בין צו מניעה זמני ובין צו עיקול זמני.

המי' (ח"י) 5626/86, ת"א (ח"י) 818/86 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' א' לוי קבלני בניין בע"מ ואח', פ"מ תשמ"ז(ב) 485.

לאחר דיון במעמד שני הצדדים, ביטל בית-המשפט ביום 9.7.86 את צו המניעה הזמני ודחה את הבקשה להוצאתו. עם זאת, מצא בית-המשפט לנכון לעכב את ביצוע החלטתו זו עד ליום 10.8.86, "כדי לאפשר לחברת לוי לפנות לערכאה גבוהה יותר" (להלן: התקופה לעיכוב הביצוע).

חברת לוי בחרה שלא לבקש רשות ערעור, ותחת זאת היא חידשה בקשה שהגישה עוד ביום 25.5.86, למתן צו זמני לעיקולם של הכספים שנובעים ממימושה של הערבות הבנקאית. הבקשה חודשה ביום 16.7.86, ועל פיה ניתן צו עיקול זמני על כספי הערבות הבנקאית, לאחר פרעונה. לאמור, הצו ניתן על כספיה של חברת החשמל, שמקורם בהתחייבות הבנק לפי הערבות הבנקאית, ושעדיין מוחזקים בידי הבנק כמחזיק וטרם הגיעו בפועל לידי חברת החשמל.

למרות שצו העיקול הזמני ניתן ביום 16.7.86, פעלה חברת לוי לביצועו רק ביום 7.8.86, לאמור - ימים ספורים לפני שפקעה התקופה לעיכוב הביצוע. בעניין ההחלטה לעיכוב הביצוע, נערך ביום 30.7.86 דיון בבית-המשפט, במעמד שני הצדדים, ובו נמנעה חברת לוי מלגלות לחברת החשמל את דבר הוצאתו של צו העיקול הזמני.

חברת החשמל ביקשה את ביטולו של צו העיקול הזמני. בקשתה נדחתה, ועל כך הערעור.

א. בחודש מרץ 1986 הוציאה חברת החשמל מכרז, ובו הומינה הצעות להקמת מבנה עליון בתחנת הכח רוטנברג באשקלון. חברת לוי היתה אחד המציעים במכרז. להבטחת קיום הצעתה, היא נתנה לחברת החשמל ערבות בנקאית משוכה על בנק הפועלים בע"מ (להלן: הבנק), בסך של 217,000 ש"ח. הצעתה של חברת לוי נתקבלה, היא זכתה במכרז והודעה על כך ניתנה לה על-ידי חברת החשמל. לאחר שנתקבלה הצעתה, הודיעה חברת לוי לחברת החשמל, שהיא חוזרת בה מן ההצעה, וכי היא לא תבצע את עבודות המכרז.

ביום 18.5.86 פנתה חברת החשמל לבנק ודרשה את פרעון הערבות הבנקאית. ביום 20.5.86 פנתה חברת לוי לבית-המשפט, על-פי צד אחד, ובקשה להוציא צו מניעה זמני, שיאסור על פרעונה של הערבות הבנקאית. בית-המשפט נעתר לבקשתה ונתן את הצו המבוקש.

חברת לוי טענה, שחברת החשמל הטעתה אותה בהצעת המכרז בעניינים שנוגעים לכמויות הזיון של תקרות המבנה העליון ובעניינים שנוגעים לשיטת הביצוע שלהן. על-כן, היא עתרה לבית-המשפט בתובענה למתן סעד שיצהיר על בטלות המכרז, על בטלות הצעתה ועל בטלות קיבולה. כמו-כן היא עתרה למתן סעד שימנע את פרעונה של הערבות הבנקאית, ולחילופין - למתן סעד שיצווה על השבת סכומה, אם נפרעה.

עצירת תשלום של כספי אשראי דוקומנטרי על-ידי צו מניעה זמני ובין עצירת תשלום על-ידי צו עיקול זמני (ראה: ת"א (חי') 1594/84 בני ג'ורג' שוקחה (שותפות) ואח' נ' לאומי לישראל בע"מ, פדאור מו(3) 258; ת"א (ת"א) 530/86, המ' 2757/86 (החלטה מיום 2.4.86) לא פורסמה).

הערכאה הראשונה היתה מוכנה לקבל את ההבחנה הנטענת, ואמרה, ש"בניגוד לעסקאות בינלאומיות אשר קיומו של האשראי הדוקומנטרי למימון תנאי הכרחי לקיומן, יכולות להתקיים העסקאות הקשורות לדיני מכרזים גם ללא ערבות בנקאית אוטונומית, על-ידי בטחונות אחרים שיקבעו ביניהם הצדדים. הערבות הבנקאית במקרה כזה היא בדרך-כלל על אחוה קטן מערך התמורה החוזית".

ב. בעלות הדין הביאו בפני את אותן טענות, שהביאו בפני הערכאה הראשונה והיו יסוד להחלטתה, והוסיפו עליהן טענות אלה:

(1) לטענת חברת החשמל, אין לבחון את הבקשה למתן צו עיקול זמני בבקשה ליחוד כספים בלבד. לטענתה, יש לבחון את הבקשה ולשקול אותה גם על יסוד יכולת הפרעון של הנתבע.

(2) לטענת חברת לוי, יש לבחון את הבקשה לעיקול זמני ויש לשקול אותה בדומה לבקשה שמוגשת על-ידי צד שלישי. כשם שכל צד שלישי, שיש לו דין ודברים עם חברת החשמל, רשאי לבקש, ולקבל, צו זמני לעיקולם של כספים שנובעים מפרעונה של ערבות בנקאית שניתנה לטובתה של חברת החשמל, כך רשאית לבקש ולקבל זאת חברת לוי.

לעניין הערבות הבנקאית, קבע בית-המשפט, כי הערבות הבנקאית האוטונומית יוצרת חיוב עצמאי ונפרד של הבנק כלפי המוטב. חיוב זה מנותק מן החיובים החוזיים ההדדיים שבין בעלי החוזה, אינו מותנה בהם ואינו תלוי בקיומם. ככזה, טיבו של החיוב העצמאי, שנוצר מן הערבות הבנקאית האוטונומית, זהה לטיבו של החיוב שנוצר על-ידי האשראי הדוקומנטרי, לאמור - אמצעי עצמאי לתשלום שמנותק מטענות חוזיות שנובעות מן ההתקשרות היסודית בין בעלי החוזה.

כיוון שכך, כל אותם כללים שנוגעים לטיבו ולמהותו של החיוב העצמאי שנוצר מן האשראי הדוקומנטרי, יחולו גם על החיוב העצמאי והנפרד שנוצר מן הערבות הבנקאית האוטונומית. ועוד זאת: הכללים המחמירים שנקבעו לעצירת התשלום של חיוב שנובע מאשראי דוקומנטרי, יחולו גם על עצירתו של תשלום של חיוב שנובע מערבות בנקאית אוטונומית.

לאור זאת סבור היה בית-המשפט, שיש לבחון את המחלוקות שנתגלעו בעניין דנן בהקבלה מלאה להלכות ולכללים שנתגבשו בדבר החיובים העצמאיים שנוצרו מאשראים דוקומנטריים.

"צו מניעה זמני וצו עיקול זמני - ההבחנה העיונית וחולשתה.

א. אני מסכים, שיש בסיס עיוני להבחנה שעשתה

(1) האם היה פגם בפעולתה של חברת לוי להוצאת צו העיקול הזמני, לאחר שנדחתה בקשתה להוצאת צו המניעה הזמני ולאחר שנקבע שלא הובאו ראיות לכאורה למעשה של "מירמה חמורה"? תשובתה העיקרית של הערכאה הראשונה בעניין זה היתה כפולה: בטענותיה של חברת לוי היה חידוש משפטי, ועל-כן לא היה ראוי להגביל את השמעתו בבית-המשפט; דווקא על יסוד ביטול צו המניעה הזמני, ועל-סמך פרעונה של הערבות הבנקאית, ראוי היה לדון בבקשה להטיל עיקול זמני על זכותה של חברת החשמל בכספים שהיו לקניינה.

(2) האם היה פגם שפעולתה של חברת לוי, בכך שניצלה עד תום את התקופה לעיכוב הביצוע, מבלי להביא לידיעת חברת החשמל את דבר הטלתו של העיקול הזמני בתחילת התקופה האמורה? על כך אמרה הערכאה הראשונה, ש"יש פגם מסויים בהסתרת קיומו של הצו מאת חברת החשמל, במיוחד בדיון שהתקיים בבקשה לבטל את עיכוב הביצוע, ואולם לא אוכל רק בגין כך לקבוע שלוי בע"מ פעלה לעניין זה בחוסר תום-לב או באופן שהפעולה המשפטית שבוצעה לא תשתכלל (ראה בר"ע 305/80 שילה ואח' נ' רצקובסקי, פ"ד (3) 449)".

(3) האם יש להבחין באופן מהותי בין צו מניעה זמני, שבא לסתור את זכותו של המוטל לקבל את כספי הערבות הבנקאית, ובין צו עיקול זמני, שבא לעקל נכס שהיה לקניינו של המוטב?

בעניין זה הביעה הערכאה הראשונה דעתה בפירוט.

"לא ניתן לומר, כי על-פי צו העיקול הזמני מושגת מטרה וזה לצו המניעה - עצירת התשלום. בעוד שבבקשה לצו מניעה טוען התובע, כי אין הנתבע זכאי לכספים העומדים להיות ממומשים על-פי הערבות הבנקאית, מודיע אותו תובע בבקשה לצו עיקול, כי הוא מכיר בזכות הנתבע לכספים המהווים נכס מנכסי הנתבע". הערכאה הראשונה המשיכה ואמרה, ש"העובדה שבאופן פיסיו לא מגיעים הכספים לכיסו של הנתבע, איננה שוללת את קיומם באופן משפטי אצל הנתבע וכנכס מנכסיו. ברור שעל-פי צו העיקול נפגמת הנאתו של בעל הנכס המעוקל מהנכס. לא נפגמת זכות הבעלות שיש לו באותו נכס".

נמצא, איפוא, שהערכאה הראשונה קיבלה את הדיעה שיש לערוך הבחנה עיונית בין טיבו של צו המניעה הזמני ובין טיבו של צו העיקול הזמני. הראשון ניתן על יסוד תשתית עובדתית-משפטית, שיש בה סתירה לטענת הקניין של המוטב בכספי הערבות. השני ניתן על יסוד תשתית עובדתית-משפטית, שמכירה בטענת הקניין של המוטב בכספי הערבות, ועניינו - יחודם של כספי הערבות הנפרעים בתור נכס מעוקל, שמצויי בבעלותו של המוטב, אך מוחזק בידי המחזיק.

(4) האם יש להבחין בין טיבו של אשראי דוקומנטרי כדרך של מימון ובין טיבה של ערבות בנקאית כדרך להבטחת ביצוע התחייבויות חוזיות הקשורות במכרזים? הבחנה זו נדרשה על-ידי הערכאה הראשונה, כדי להבחין בין העניין שעמד בפניה ובין העניינים שעמדו בפני שני בתי-משפט מחוזיים אחרים, שבהם הוחלט לגזור גזירה שווה בין

כיון שכך, בית-המשפט חייב לגדור את תחומה של ההבחנה שעשתה הערכאה הראשונה בין טיבו העיוני של צו עיקול זמני, ככל שתוצאתם המעשית היא עצירה פיסית של תשלום כספי הערבות הבנקאית האוטונומית לידי של המוטב...

ג. לפיכך, ומאחר שכבר נקבע, שעצירת התשלום של כספי הערבות הבנקאית האוטונומית לא תעשה אלא במקרים נדירים, שבהם הובאו ראיות לכאורה מספיקות לקיומה של מרמה חמורה (ראה: בר"ע 646/84 הנ"ל (3), בעמ' 698). ראוי לראות את הטלת העיקול הזמני על כספי הערבות הבנקאית כסוגיה מיוחדת (*Generis Sui*). ועל-כן, אם מבקש העיקול הוא מי שלבקשתו הוצאה הערבות הבנקאית האוטונומית, להבדיל מצד שלישי שיש לו דין ודברים נפרד עם המוטב, יהיה הוא חייב להוכיח לכאורה את קיומה של מרמה חמורה מצד המוטב, על-מנת שיהיה זכאי לקבל את צו העיקול הזמני, והכל - במידת ההוכחה שנדרשת ממנו כדי לקבל צו שימנע את פרעונה של הערבות הבנקאית.

בית-המשפט ראה לנכון לציין, כי חברת לוי לא היתה צריכה לראות את עצמה מנועה מלפנות לבית-המשפט בבקשה להטלת העיקול הזמני, בשל כך שנדחתה בקשתה למתן צו המניעה הזמני.

"כיון שכך, אני תמים-דעים עם הערכאה הראשונה, שאין ליחס לחברת לוי גישה של ניצול לרעה של הליכי בית-המשפט, אך בשל כך שעתרה להטלת עיקול זמני לאחר שנדחתה בקשתה להוצאת צו המניעה הזמני.

ג. כמו הערכאה הראשונה, אף אני סבור, שחברת לוי פעלה שלא כהלכה בכך שהסתירה מחברת החשמל את דבר קיומו של צו העיקול הזמני בתקופת עיכוב הביצוע, ובמיוחד שהסתירה זאת בעת שנערך דיון במעמד שני הצדדים בעניין עיכוב הביצוע. יש לצפות מבעל דין, ובוודאי מבא-כוחו, שינהג בחברו בגילוי לב ובהגינות. על התנהגותה שלא כראוי, יש לחייב את חברת לוי בתשלום הוצאות מיוחדות." הערעור התקבל.

הערכאה הראשונה בין צו מניעה זמני ובין צו עיקול זמני. אני מסכים עם הערכאה הראשונה, שהצו הראשון ניתן על יסוד תשתית עובדתית-משפטית שיש בה סתירה לטענת הקניין של המוטב בנכס, ובענייננו - בכספי הערבות הבנקאית. לעומתו, הצו השני ניתן על יסוד תשתית עובדתית-משפטית שיש בה הודיה בטענת הקניין של המוטב בנכס, לאמור - בכספי הערבות הבנקאית. אני גם מסכים עם הערכאה הראשונה, שתחילתו של הצו השני היא במקום שנסתמה דרכו של הצו הראשון, לאמור - ההכרה בזכות הקניין של המוטב - הנערב בכספי הערבות. ואני עוד מסכים עם הערכאה הראשונה, שטיבו של העיקול הזמני בענייננו הוא לייחס את נכסו של המוטב-הנערב מבלי להפיקע את בעלותו בנכס, והכל - בשעה שהנכס עודנו מוחזק בידי המוחזק, הבנק - המשלם.

לשורה זו של הסכמות אצרך הסכמה נוספת: אין ספק, שנכונה טענתה של חברת לוי, שכל צד שלישי, שיש לו דין ודברים נפרד עם המוטב, רשאי לבקש, ובהתמלא התנאים הקבועים לכך בתקנות - גם לקבל, צו לעיקולם הזמני של כספים שנובעים מפרעונה של ערבות בנקאית אוטונומית.

אולם, אין בכל ההסכמות האלה לבסס את זכותו של בעל דין לקבל צו לעיקולם הזמני של כספי ערבות בנקאית אוטונומית, שהוצאה לבקשתו.

ב. דעתי היא כדעתה של חברת החשמל, שהמבחן שצריך להנחות את בית-המשפט בעניין פרעונה של ערבות בנקאית אוטונומית הוא המבחן המעשי להבטחת קיומם של יחסי מסחר תקינים...

אל לו לבית-המשפט לתת את ידו לערעור האמינות בפרעונה המלא והמדויק של ערבות בנקאית אוטונומית. אל לו לבית-המשפט ליצור תחושה של העדר ביטחון בפרעונה של הערבות הבנקאית ואל לו לגרום לשיבוש חמור בתקינותם של יחסי המסחר, כתוצאה מיצירת התחושה הזאת. בעשותו כך, ישמיט בית-המשפט את המסד היציב מתחת רגליה של הערבות הבנקאית ויטול ממנה את עצמתה העסקית והמסחרית.

4. צו מניעה - תקיפה עקיפה של החלטות רשויות מינהליות שונות וסמכות בית-המשפט להכריע בה.

המ' (י"ם) 2099/94, ת"א (י"ם) 3350/94 נחמיה גלמן ואח' נ' הררי רפול ואח', תק-של 94(2) 66.

בדירה בבניין, שצמוד אליה גג גדול, וכן כי המספר הישן של החלקה היה 14+22+45. עוד נאמר כי בתקנון המוסכם נקבע ש - "בעלי היחידות מאשרים ומסכימים לכך כי בעל היחידה 14/22, 45/8 (או מי שיבוא במקומו) רשאי בכל עת שימצא לנכון, להוסיף בניה על הגג שעל יד הדירה והגג

בפני בית-המשפט הובאה בקשה למתן צו מניעה זמני נגד המשיבים כי יימנעו מלבצע כל עבודות בניה בבניין הנדון. לאחר עיון בסיכומים, בתצהירים ובמסמכים השונים שהוגשו קבע בית-המשפט כי לצורך הבקשה אין מחלוקת באשר לעובדות מסוימות ובכללן כי למבקשים זכויות בדירות אחדות בבניין, וכי למשיבים זכויות קנייניות

בית-משפט של יושר לעזור לתובעים המבקשים, הרי שוכנעתי כי במקרה הזה לא קיימת מניעה כזאת.

השאלה המרכזית להכרעה נותרת איפוא השאלה השלישית, היא השאלה של מאזן הנוחות - לאיזה צד הוא נוטה? ולצורך הכרעה בשאלה זו, עלינו להיכנס ליתר פירוט.

10. א. מצד אחד עלינו לזכור כי אילו לא היו קיימות ההוראות שבסעיפים 8 ואילך לתקנון המוסכם (באשר לזכויות הבעלים של דירה מסוימת לבנות על הגג), הרי לכאורה היה פשוט שהואיל ומדובר בבית משותף אין לו, למי שאמור לבנות על הרכוש המשותף, זכות לבנות ללא הסכמה מפורשת של כל הבעלים של יחידות בבית המשותף.

(ולעניין זה כידוע אינו מספיק רוב).

פועל יוצא מכך הוא שאם הולך בעל יחידה מסוימת, ואף מצליח להשיג היתר רשויות התכנון והבניה, זכאים בעלי היחידות האחרות בבית המשותף לסעד של צו מניעה זמני נגד אותה בניה.

ב. אולם המקרה שלנו מורכב יותר, שכן קיימת אותה הוראה בסעיף 8 לתקנון, הוראה שאינה שנויה במחלוקת, לפיה 'רשאי בעל היחידה 8 בבניין להוסיף בניה על הגג... במסגרת הוראות תכנון ערים...'

לאור זאת טוענים המשיבים כי הואיל ויש למעשה הסכמה מפורשת מצד בעלי יתר היחידות לבניה על הגג, ממילא אין הם זכאים לסעד של צו מניעה.

טענת המבקשים היא כי כאן לא מדובר בדברים של מה בכך אלא בתוכנית בניה, שמלבד ליקויים נוספים אחרים מחייבת גם נטילת שטח נוסף מן הרכוש המשותף לצורך מעלית, וכוללת גם חריגה מאוד מהותית של בניית קומה שלמה נוספת שלא כחוק (והואיל ולפי תוכנית הבניה מאושרת על-ידי הוועדה המחוזית ניתנת רשות להוסיף עוד שתי קומות על הקומות הקיימות כאשר על-פי טענת המבקשים אסור לבנות יותר מקומה אחת נוספת).

על הטענה הזו של המבקשים - עונה בא-כוח המשיבים בשתיים: ראשית, כי אותו סעיף בתקנון הבית אומר, בהמשך, במפורש כי הבונה רשאי 'לצורך הבניה הנוספת להשתמש בכל חלק מהרכוש המשותף ללא הפרעה', ולכן אין מניעה מלהשתמש בחלק מהרכוש המשותף עבור מעלית.

שנית, כאשר לקומה הנוספת טוענת היא כי בניית מותרת הואיל ואת קומת הקרקע יש לראות כמרתף, וגם משום העובדה שהוועדה המחוזית אישרה את בניית שתי הקומות.

11. נראה לי שהחלטה בבקשה לצו מניעה זמני אינה מחייבת אותי להגיע להכרעה במחלוקת זו האחרונה שבין הצדדים, אשר תתברר ויוכרע בה במסגרת הדיון בתביעה העיקרית. די אם אקבע שללא ספק עניין המעלית ועניין הקומה השניה נטוש במחלוקת מהותית בין הצדדים, כאשר לעניין המעלית למשל טוענים המבקשים שאותה פסקה בתקנון המאפשרת לבונה 'להשתמש בכל חלק מהרכוש המשותף ללא הפרעה...', לצורך הבניה הנוספת, מתייחסת

מעל הדירה המסומנים בתסריט במספר 8א, '8ב' ו-8ג', במסגרת הוראות תכנון ערים, ולצורך הבניה הנוספת להשתמש בכל חלק מהרכוש המשותף ללא הפרעה."

קביעה נוספת היא כי המשיבים קיבלו היתר בניה מרשויות התכנון בנוגע לבניה על הגג, הכוללת גם חובה לבנות מעלית. המבקשים טענו, בין היתר, כי גם לפי התקנון המוסכם הבניה חייבת להיות "במסגרת הוראות תכנון ערים", ואף-על-פי שהתוכנית קיבלה אישור הוועדה המחוזית הרי האישור ניתן שלא כדין, בעיקר בגלל חריגות שונות וטענות ארכיטקטוניות, ועל-כן יש למנוע את הבניה.

עוד נטען כי ההסכמה בתקנון היתה לבניה על הגג ותו לא, והואיל וההיתר מתנה את הבניה בבניית מעלית, לא רק על הגג, הרי ממילא זקוקים המשיבים להסכמה מפורשת נפרדת וחדשה של יחס בעלי הדירות בבניין לנטילת שטח מהרכוש המשותף עבור פיר המעלית וכל הקשור בכך, והסכמה כזאת לא ניתנה, ממילא יש למנוע את הבניה.

מנגד טענו המשיבים כי יש להפריד בין הבניה על הגג לבין המעלית ובשלב זה אין הצדקה למנוע מהמשיבים את הבניה על הגג. באשר למעלית, כשיבנו אותה רק או תקום הזכות, אם בכלל, לצו מניעה. כן נטען שייגרם למשיבים נזק רב אם צו המניעה הזמני יישאר בתוקפו, שכן הם באו כבר בקשר עם קבלן לבניה, עם פועלים ומתכננים.

באשר לטענה המקדמית של המשיבים כי אין בית-המשפט מוסמך לדון בתובענה וגם/או כי לא יעלה על הדעת שבית-המשפט ישמש ערכאת ערעור להחלטות שניתנו על-ידי הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, סבור היה בית-המשפט כי טעות בידי המשיבים.

"בחינת החומר והמסמכים מראה כי בפועל מה שעושים המבקשים-התובעים אינו אלא "תקיפה עקיפה" של החלטות הוועדה המחוזית במסגרת התובענה העיקרית שהגישו לצו מניעה קבוע שעילתה, בין היתר, הפר חובה חקוקה. באשר לנושא זה של תקיפה עקיפה של החלטות רשויות מינהליות שונות לרבות הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה נפסק זה מכבר כי רשאים בתי-המשפט השלום ובתי-המשפט המחוזיים, לפי העניין, להכריע בהן."

באשר לבקשה עצמה ציין בית-המשפט ארבע שאלות מרכזיות שיש להשיג עליהן:

"האם מתן הסעד הזמני הוא הכרחי על-מנת להצדיק התערבות בית-המשפט בשלב מוקדם לפני בירור התובענה? האם הוכיח המבקש לכאורה את זכותו? לצידו של מי נוטה מאזן הנוחות? והאם קיימים שיקולים המניעים בית-משפט של יושר שלא לעזור לתובע?..."

באשר לשאלה הראשונה והשניה, מאותן ארבע שנוכרו לעיל, נראה לי כדבר ברור שהתשובה להן חיובית. זאת מאחר ויש זכות קניינית למבקשים, לכאורה, בהיותם בעלים של יחידות בבניין, והואיל ואם לא תאסר בשלב זה בניה, שאפשר שתתברר אחר-כך כבלתי-חוקית ממש, עלול להיגרם למבקשים נזק שלא יהא ניתן לתיקון בגלל ההפרעות, המטרד והבניה הבלתי-חוקית.

באשר לשאלה הרביעית האם קיימים שיקולים המונעים

ואפשר שהתקשרו כבר עם גורמים שונים לבצע את הבניה בפועל, כך שיכול להיגרם להם נזק כספי גדול אם האיסור יהיה מלא.

כנגד זה, ער אני לכך שגם למבקשים עלול להיגרם נזק, אותו תיארתי לעיל אם תבצע הבניה בהתאם לתוכנית שאושרה על-ידי הוועדה המחוזית...

ב. לאור זאת הפיתרון הראוי בנסיבות מקרה זה נראה לי לאסור באופן זמני בניית המעלית בשטח הרכוש המשותף וכן בניית הקומה העליונה מתוך השתיים המתוכננות."

רק לפרק הזמן של הבניה עצמה, אבל אין בה כוונה להעניק זכות נוספת ברכוש המשותף (מחוץ לגג) בדרך של קבע. כשם שהם חולקים על כך שאת קומת הקרקע יש לכנות מרתף...

12. א. כשאני חוזר איפוא לשאלת מאזן הנוחיות נראה לי כי צו מניעה מלא על כל הבניה כולה עלול להיות דרסטי מדי בנסיבות העניין, אפשר שיקפח את המשיבים, שהשקיעו זמן והוצאות, גם כדי להעביר את התוכנית בוועדות התכנוניות השונות, וגם כדי להכין את הבניה,

5. "הלכה היא, כי כאשר קבעו הצדדים בחוזה שביניהם, כי איחור של תקופה מסויימת לא יחשב כאיחור המהווה הפרת חוזה, פרשנות בתי-המשפט לעניין הפיצוי המקרה של הפרה הינה, כי איחור מעבר לתקופה שנקבעה מהווה הפרת החוזה, ומשהופר החוזה, זכאי הצד הנפגע לפיצוי מהיום שבו התחייב מפר למסור את החזקה, ולא מתום הארכה, אלא אם קבעו הצדדים אחרת."

ת"א (שלום-ים) 9286/99 אליאב ציון ואח' נ' ליפשיך בע"מ, תק"ש 2005 (2) 6392.

9,295 ש"ח - בגין החזר הוצאות ערבות בנקאית

ס"ח - 278,510 ש"ח.

לטענת התובעים 'כבר בסמוך לאחר קבלת החזקה בדירה, נתגלו לתובעים... פגמים, וליקויים רבים בדירה...' (סעיף 6 לכתב התביעה), הבאים לידי ביטוי, בין היתר, בריצוף פגום, חדירת רטיבויות וכיוצא בזה.

המהנדס אביגדור פורת, המומחה מטעם התובעים, בחוות-דעתו מיום 1.1.99, חיווה דעתו כי בדירה ליקויי בניה שונים בערך של 27,050 דולר, בתוספת עלות פיקוח הנדסי על ביצוע התיקונים בסך של 1,100 דולר ובסך הכל 28,150 דולר כולל מע"מ. המומחה פורת העריך, כי לצורך ביצוע התיקונים בדירה, יש לפנותה לתקופה של 45 ימים.

הנתבעת מכחישה את אחריותה לאיחור במסירת הדירה (סעיפים 5-9 לכתב ההגנה) ואת טענות התובעים בדבר ליקויים ו/או אי-התאמות, וטוענת כי הדירה נבנתה ברמה נאותה, במקצועיות ותוך העסקת פועלים מיומנים ומקצועיים (סעיף 29 לכתב ההגנה). לחלופין, טוענת הנתבעת, כי היה והתקיימו בדירה ליקויים המנויים בחוות-דעת המומחה מטעם התובעים, ניתן לתקנם בלי שהתובעים יפנו הדירה וכי אין בחוות-דעתו של המומחה מטעם התובעים, כל תימוכין לפחיתת ערך הדירה (סעיפים 18-19 לכתב ההגנה).

2. ההליכים

מינוי מומחה מוסכם ומטעם בית-המשפט

על יסוד הסכמת הצדדים, מונה מהנדס אריאל כהן, כמומחה מוסכם ומטעם בית-המשפט, בהחלטה מיום 20.12.99 (עמ' 4-5).

נפסק מפי כב' השופט יצחק מילנוב:

"טענה בדבר תנאי מקפח בחוזה אחיד ונטל הוכחת הטענה. חזקת קיפוח מול גמירות-דעת.

מתי מתעוררת עילת הביטול של תנאי מקפח בחוזה אחיד? 1. התביעה וההגנה

התובעים הם איש ואשתו, שרכשו דירה מהנתבעת. הנתבעת היא חברת בניה, אשר בנתה בניין מגורים מס' 133 במגרש מס' 1021 ברח' רחמיילביץ 38, פסגת זאב, ירושלים (להלן: 'הבניין').

ביום 4.3.91 התקשרו התובעים עם הנתבעת בהסכם, לפיו רכשו מהנתבעת דירה בת 3 חדרים וחדרי שירות, שמספרה 9, הנמצאת בקומה ג', בבניין אותו בנתה הנתבעת (להלן: 'הדירה' או 'ההסכם' לפי העניין).

ביום 25.5.99 הגישו התובעים את התביעה, בה הם תובעים פיצויים בסך של 278,510 ש"ח, לפי הפירוט, דלקמן:

111,716 ש"ח - עלות תיקון ליקויי בניה

4,543 ש"ח - עלות פיקוח הנדסי צמוד במהלך ביצוע התיקונים

23,016 ש"ח - עלות פיצוי בגין איחור במסירת החזקה בדירה

82,600 ש"ח - עלות פיצוי בגין פחיתת ערך הדירה

25,000 ש"ח - בגין עגמת-נפש, אבדן הנאות, מטרד וסבל

15,000 ש"ח - בגין אי-נוחות, אבדן הנאות ואבדן ימי עבודה במהלך ביצוע התיקונים

5,000 ש"ח - עלות דיור חלופי לתקופת התיקונים

2,340 ש"ח - עלות שכר-טרחת המהנדס

חסרים 33 ס"מ, אותם יש להשלים לאורך 7.5 מ' (ראה סעיף 3.3.2 לחוות-הדעת, בעמ' 4) והעריך את עלות תיקון זה בכ-900 ש"ח לתובעים ו-600 ש"ח לנתבעת.

בהמשך חוות-הדעתו ציין המומחה המוסכם כי:

'משך זמן ביצוע התיקונים כולל בדיקת הצפה בגג הינו כ-6 ימי עבודה. אין צורך לפנות את הדיירים מהדירה בעת ביצוע התיקונים.'

(סעיף 5 לחוות-הדעת, בעמ' 5 למעטה).

בנוגע למתקני תברואה, מתקני חשמל דוד שמש, לא מצא המומחה המוסכם כל ליקוי.

ויתור הנתבעת על הזכות לביצוע תיקונים

ביום 24.7.02 הודיע בא"כוח הנתבעת, כי היא מוותרת על זכותה לביצוע התיקונים, בנימוק: 'זה לא השתלם כספית' (עמ' 34, שורות 6-10).

ניסיון פשרה

ביום 17.10.02 נערך ניסיון פשרה, שלא צלח (עמ' 8).

הפלוגתאות

ביום 1.1.03 במעמד בא"כוח בעלי הדין ובהסכמתם נקבעו הפלוגתאות כדלקמן:

הראשונה - האם קיימים בדירת התובעים ליקויים ו/או אי-התאמות ואיזה ומי אחראי לכל ליקוי ו/או אי-התאמה?

השנייה - האם נגרמה ירידת ערך הדירה כתוצאה מהליקויים ו/או אי-התאמות ובכמה?

השלישית - האם הדירה נמסרה באיחור, מהו האיחור ובאחריות מי האיחור?

הרביעית - האם נגרמו לתובעת הפסדים/נזקים ממוניים ולא ממוניים ואיזה והאם הנתבעת חייבת לפצות את התובעים בגין כך ובכמה?

החמישית - את מי יש לחייב בהוצאות משפט ושכר-טרח עורך-דין ובכמה?

(עמ' 9, שורות 14-22).

3. דיון

מהו האיחור במסירת הדירה לתובעים והאם הנתבעת חייבת לפצות את התובעים בגין האיחור ובכמה?

סעיף 4.1 להסכם קובע:

'...מתחייבת החברה למסור את הדירה לקונה... במועד אשר תמסור עליו הודעה לקונה 7 ימים מראש לפחות ועד לא יאוחר מיום 30.9.91. (להלן: 'מועד המסירה')

עוד הוסכם בסעיף 4.4 להסכם, כי:

'אחור של עד 120 יום במסירת החזקה בדירה לקונה לא יחשב כהפרה של חוזה זה ולא יהא בו כדי לדחות קיומן של התחייבויות הקונה.'

לטענת התובעים 'התובעים קיבלו החזקה בדירה ב-25.5.92. אך החלו לגור בה ב-1.7.92, למרות שהיא לא היתה ראויה למגורים' (בסעיף 5 (א) לכתב התביעה).

התובעים מוסיפים וטוענים, כי 'על-פי סעיף 4.1 להסכם, התחייבה הנתבעת למסור לתובעים החזקה בדירה לא יאוחר מה-30.9.91. דהיינו, הנתבעת איחרה במסירת החזקה בדירה לתובעים כ-8 חודשים, והסה"כ 240 ימים...' (סעיף 5 לכתב התביעה).

מנגד טוענת הנתבעת 'כאמור בפרוטוקול מסירת החזקה

ואולם בעלי הדין הסכימו בניהם על מינויו של מר יעקב פטל, הנדסאי בניין ושמאי מקרקעין, כמומחה מוסכם (להלן: 'המומחה המוסכם'). זה האחרון הגיש את חוות-דעתו מיום 27.2.00 ביום 23.3.00 (להלן: 'חוות-הדעת').

בחוות-הדעתו, כתב המומחה המוסכם, בין השאר:

'מדובר במקור בדירת 3 חדרים + מרפסת גג אשר בצעו בה תוספת בניה של 2 חדרים נוספים ושירותים בגג הבית אשר מעל לדירה. הגישה אל התוספת הינה באמצעות מדרכות פנימיות. התוספת והמדרכות בוצעו על-ידי הנתבעים.' (סעיף 2 לחוות-הדעת, בעמ' 2 למטה)

המומחה המוסכם חילק את חוות-הדעתו לשלושה חלקים:

ראשית:

'...קיימת רטיבות כלואה מתחת לריצוף במרפסת הסלון (גג) כ-60 מ"ר המגיעה קפילרית גם במקומות בודדים בדירה היות וגם הדיירים שמתחת לדירה הנדונה סובלים מרטיבות, לכן נראה לי כי חייבים לטפל בליקוי זה ולא לתת פיצוי. נציג הקבלן הציע לחרוץ את כל המשיקים ולבצע רובה אפוקסית לבסוף סוכם שהריצוף במרפסת כולו (כ-60 מ"ר) יפורק, תפורק גם יריעת הבד שסופגת מים, יבוצע בידוד ביטומני בגג כנדרש. במהלך הביצוע תיבדק אפשרות להנמיך גם את מפלס הריצוף בגג אל מתחת למפלס הריצוף הדירה תוך שמירה על שיפועים מתאימים, אל אגן הניקוז, עם גמר העבודה תבוצע בדיקת הצפה.'

(סעיף 3.2.2 לחוות-הדעת, בעמ' 3 למטה).

בהמשך ציין המומחה המוסכם:

'...יש לטפל בכעית הרטיבות המגיעה לדירה שמתחת לדירה הנדונה דרך מרפסת הגג ששם יש לפרק את הריצוף ולבצע בידוד ביטומני כנדרש תוך שמירה על ביצוע שיפועים כנדרש.'

(סעיף 4.1 לחוות-הדעת, בעמ' 5 באמצע).

שנית:

'יש לבצע תיקוני טיח מקומיים בדירה כמו בסלון בשתי נקודות ובחדר אמבטיה ולסייד.'

(סעיף 4.2 לחוות-הדעת, בעמ' 5 באמצע).

שלישית:

'ליתר הליקויים היות והדיירים פעלו לתיקון הליקויים או המפגעים יש לתת פיצוי כמומלץ לעיל לפי שיקול-דעת בית-המשפט.'

(סעיף 4.3 לחוות-הדעת בעמ' 5 באמצע).

בקבוצה זו של ליקויים כלל המומחה המוסכם את עלות מכסה פח שכיסה את הצנרת ואת ה-'גבעה' המיותרת, לדבריו, בפינה הצפון-מערבית של הגג. המומחה המוסכם אמד את עלות העבודה שבוצעה בנדון בסך - 120 ש"ח.

בנוסף, מצא המומחה, כי שלבי התריסים לא תאמו את הוראות תקנה 2.93 לתקנות התכנון והבניה. אי-התאמה זו תוקנה על-ידי התובעים באמצעות התקנת הסורגים. לפיכך המומחה סבר כי מן הראוי לתת לדיירים פיצוי בגין ביצוע עבודות אלה, בסכום של 3,200 ש"ח עלות לדייר ו-2,112 ש"ח עלות לקבלן.

עוד, מצא המומחה המוסכם, כי בגובה מעקה המרפסת

בנוגע לגובה הפיצוי בגין האחור במסירה, טוענת הנתבעת, כי הסכום (של \$500 לחודש) נקבע, תוך התבססות על עדויות שמיעה וסברה בלבד (עדות התובע עמ' 22, שורה 42 ועמ' 23, שורה 12). בנוסף, מציינת הנתבעת, כי לא הוכח נזק בפועל, מכיוון, שהתובעים התגוררו אצל משפחתם בתקופת האיחור.

4. תקופת האיחור

התובעים טוענים שתי טענות. הטענה הראשונה היא, שלדעתם יש למנות את תקופת האיחור, מיום בו התחייבה הנתבעת למסור להם החזקה בדירה, תוך התעלמות מארכת החסד של 120 ימים. הטענה השנייה היא, שיש לכלול בתקופה זו כחודשיים שעברו מעת קבלת הדירה לידיהם, דהיינו מיום 25.5.92 עד ליום 7.1.92, בו לטענתם החלו לגור בדירה בפועל. מנגד, טוענת הנתבעת, כי בפרוטוקול המסירה והליקויים המנויים בו, אין כל תימוכין לכך שבתאריך בו נערך, הדירה לא היתה ראויה למגורים.

דין טענת התובעים להתקבל רק בחלקה.

'הלכה היא, כי כאשר קבעו הצדדים בחוזה שביניהם, כי איחור של תקופה מסויימת לא יחשב כאיחור מהווה הפרת חוזה, פרשנות בתי-המשפט לעניין הפיצוי המקרה של הפרת הנה, כי אחור מעבר לתקופה שנקבעה מהווה הפרת החוזה, ומשהופר החוזה, זכאי הצד הנפגע לפיצוי מהיום שבו התחייב המפר למסור את החזקה, ולא מתום הארכה, אלא אם קבעו הצדדים אחרת' (כב' השופט ס' ג'ובראן, ע"א 4337/02 ירמיהו עייני חברה לבניין בע"מ נ' קראופ צפון היפרשוק רשתות שיווק בע"מ ואח', פ"ד נח(1) 799, 805-806; ראו גם ע"א 758/87 מרדכי קאופמן נ' גזית קונסוליום השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד מד(2) 60; ע"א 1339/97 שם טוב שמואל נ' עזבון המנוח שדלו מנחם, תק-על 3199 (3) 44).

התובעים לא הניחו בפני בית-המשפט כל ראיה, כי הדירה לא היתה ראויה למגורים, ביום בו קיבלו את החזקה בה. לפיכך, חישוב הפיצוי בגין האיחור במסירת החזקה, ייעשה בנוגע לתקופה שמיום בו הנתבעת התחייבה להשלים הבניה ולמסור החזקה בדירה לתובעים (30.9.91) ועד ליום בו נמסרה החזקה בדירה לתובעים בפועל (25.5.92), דהיינו באיחור של כשמונה חודשים.

5. מסמך הוויתור - האמנם תנאי מקפח?

התובעים טענו בסיכומם, כי מדובר בתנאי בטל, מחמת היותו תנאי מקפח בחוזה אחיד, והם מוסיפים: 'מעבר לטיעון סתמי זה (שהתובעים הבינו את משמעות כתב הוויתור, כאשר חתמו עליו - 'י' מ'), לא נתנה הנתבעת שום גרסה עובדתית או טיעונית: להעדר הלחץ או לעובדת היותו תנאי מקפח... (עמ' 49, שורות 11-14)

התובעים טוענים כי הם סומכים על עדותו של מנהל הנתבעת ע"ה 1/ גרוסמן בחקירתו הנגדית, בה אישר, כי מדובר בטופס עליו מחתימה הנתבעת את כל קוני הדירות, בכל הפרוייקטים שלה, דבר המוכיח היותו של מסמך זה, חוזה אחיד, כפי שטוען באי-כוח התובעים בסיכומיו:

בדירה מיום 6.9.211, שהעתקו מצורף לכתב ההגנה, הצהירו התובעים כי לא תהיה להם כל טענה ו/או תביעה כלפי הנתבעת בכל הקשור למועד המסירה, וכי הסכימו לקבל החזקה בדירה הכפוף לרשימת הליקויים שפורטו בפרוטוקול האמור. עוד טען הנתבעת, כי כעולה מהמפרוטוקול (צ"ל מהפרוטוקול - 'י' מ') ומהליקויים המנויים בו, אין כל תימוכין לכך כי בתאריך הפרוטוקול הדירה לא היתה ראויה למגורים, כטענת התובעים בכתב התביעה' (סעיף 5 לכתב ההגנה).

מוסיפה וטוענת הנתבעת 'כאמור בסעיף 4.4 להסכם זה, איחור של עד 120 יום במסירת החזקה לא ייחשב כהפרה של החוזה' (סעיף 8 לכתב ההגנה).

בתגובה לטענת הנתבעת השיב באי-כוח התובעים בסיכומו, כי 'הפסיקה המשפטית קובעת כי באם האחור הוא למעלה מתקופת הגרייס, החסד, ישולם פיצויי גם בעבור תקופת החסד. בענייננו אין בסעיף 4.4 להסכם, התניה באם האחור יהא מעל 120 יום בכל מקרה לא יבוא בחשבון אותם 120 ימי אחור' (עמ' 26, שורות 19-23).

באשר לתניית הפטור הנ"ל טוענים התובעים, כ"מסמך זה בטל בין היתר, בהיותו כולל תנאי מקפח' (עמ' 49, שורות 9-4).

בהמשך טען באי-כוח התובעים, כי 'בכתב הגנתה הנתבעת בסעיף 33, מכחישה את הנטען כנ"ל בסעיף 26 לתביעה. וטוענת כי אין מקום לבטלות ויתור זה במסמך א' משום שהוא נכתב כשהתובעים הבינו. אבל מעבר לטיעון סתמי זה, לא נתנה הנתבעת שום גרסה עובדתית או טיעונית: להעדר הלחץ או לעובדת היות התנאי במסמך א' תנאי מקפח וזאת לא בהגנתה ואף לא בתצהיר עדותה' (עמ' 49, שורות 10-14).

התובעים טוענים, כי 'העד גרוסמן בחקירתו הנגדית אישר בעמ' 34, שורות 21-26 כי על המסמך מסוג א', מחתימה הנתבעת את כל קוני הדירות ובכל הפרוייקטים שלה. ולכן, עובדה זו מבססת היותו של המסמך א' בבחינת חוזה אחיד' (עמ' 49, שורות 15-17).

על-כן, טוענים התובעים, כי הדירה נמסרה להם באיחור של 8 חודשים והם תובעים סך של \$500 בגין כל חודש איחור, סכום המסתכם לסך 23,016 ש"ח נכון ליום 7/92, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מאז ועד לפרעון.

בסיכומיה כופרת הנתבעת בטענת התובעים בדבר היותו של הוויתור תנאי מקפח, ומצביעה על העובדה, כי: 'התובעים לא צרפו את כתב הוויתור ולמעשה העלימו אותו מבית-המשפט, גם מכתב התביעה וגם מהראיות שהוגשו על ידם' (עמ' 52, שורות 21-22).

הנתבעת מוסיפה וטוענת:

'א. המסמך נכתב על-ידי התובעים תוך גמירת-דעת ומתוך ידיעה על מה חתמו.

ב. העובדה כי מסמך הוויתור לא צורף על-ידי התובעים בשום שלב ולמעשה היה ניסיון מצידם להעלימו מבית-המשפט פועל לרעתם.

ג. מסמך הוויתור מהווה הסכמה מאוחרת לחוזה ולפיכך הוא גובר על הסעיף בהסכם'. (עמ' 52-53, שורות 4-23)

הנתבעים. במרבית המקרים, מנוסחים כתבי הוויתור כחווה אחיד, ועל תניית הוויתור חלה חוקת קיפוח הלקוחות שבסעיף 6(4) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. באותם מקרים בהם לא מדובר בחווה אחיד, תחשב תניה כזאת לתניה בלתי-חוקית'...

'לפיכך, ולמרות שהצד שערך אותו בחר לכנות את המסמך 'פרוטוקול', אין בכך כדי לשנות ממהותו של המסמך כחווה בכלל, וכחווה אחיד בפרט. החווה הוא טופס מודפס, שהוכן מראש על-ידי הקבלן ושהוגש לרוכש כהצעה שעליו לקבל. פרט לסעיף 3, שבו מצהיר הרוכש על הליקויים הקונקרטיים, שנמצאו על ידו לאחר שכביכול בדק את הדירה בקפדנות, יתר הסעיפים הם קבועים ואחידים. נוסח חווה כזה, יש לשער, משמש את הקבלן בחוזים רבים, כלפי כל רוכש המתעתד לקבל חוקה בדירה שנבנתה על ידו. בזאת די כדי לספק את כל התנאים לזיהויו של חווה כאחיד, על-פי הגדרתו בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים (ראה גם: ג' שלו, דיני חוזים, מהדורה שניה, ירושלים (תשנ"ה), 624). סעיף 4 לחוק החוזים האחידים קובע חוקת קיפוח, ובסעיף 3 נקבע, כי בית-המשפט יכול לבטל או לשנות תנאים מקפחים'.

(כב' השופטת מ' שידלובסקי-אור ת"א (י"ם) 648/95 ראובן מזרחי נ' רחמים אליאספור, תק"מח 2001(2) 14049, 14056).

משכך, אין כל ספק כי אכן מדובר ב'חווה אחיד', כמשמעותו בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים.

ואולם, כדי ליהנות מחסות חוק החוזים האחידים - יש צורך להוכיח קיומו של תנאי מקפח שנכלל בחווה האחיד, היינו- חווה שנוסח והוכתב מראש על-ידי צד אחד: 'ביטול או שינוי של תנאי מקפח מותנה בחוק החוזים האחידים בשני תנאים: האחד היות החווה שבו נכלל התנאי 'חווה אחיד' כהגדרתו בחוק. היות התנאי המועמד לביטול 'תנאי מקפח' (ג' שלו, שם, 630).

נזכור, כי הסעיף הפותח את חוק החוזים האחידים מצהיר: 'מטרת חוק זה להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים' (סעיף 1) - להגן מפני תנאים מקפחים נאמר, ולא מפני חוזים אחידים כשלעצמם.

סעיף 3 לחוק החוזים האחידים קובע מהו תנאי מקפח ואת סמכותם של בית-המשפט ובית-הדין לחוזים אחידים לשנותו או לבטלו:

'תנאי מקפח הוא תנאי בחווה אחיד שיש בו משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי-הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות'.

סעיף 4 לחוק קובע רשימת תנאים נפוצים בחוזים אחידים אשר בעניינם קיימת חוקה שהם תנאים מקפחים.

התובעים טוענים להתקיימותה של חוקת קיפוח על יסוד סעיף 6(4) לחוק החוזים האחידים, שלשונו:

'תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על-פי דין, או המסייג באופן בלתי-סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החווה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי-סבירים, או בדרישה בלתי-סבירה אחרת'.

'לפיכך, ובהתאם לסעיף 3 לחוק החוזים האחידים, יש במסמך א' תניות שיש בהן משום קיפוח הלקוחות שהם התובעים. או משום שהוא נותן יתרון בלתי-הוגן של הספק המוכר, העלול להביא לידי קיפוח התובעים הקונים'. (עמ' 49, שורות 18-20)

אכן, מקובלת עלי טענת בא-כוח התובעים כי מסמך הוויתור הוא חווה אחיד.

סעיף 2 לחוק החוזים האחידים קובע:

' בחוק זה -

'חווה אחיד' - נוסח של חווה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי-מסויימים במספרם או בוהותם;

'תנאי' - תניה בחווה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חווה מסויימת'.

מסמך הוויתור אשר צורף כנספח א' לכתב ההגנה ולתצהיר עדות ראשית של סמנכ"ל הנתבעת, אליעזר גרוסמן, הוא מסמך המעוצב כטופס שבלוני, שבעת עריכתו מילאו הצדדים פרטים אישיים הרלוונטיים לעסקה. למעט הסיפא של סעיף 2, בו הועלתה על הכתב רשימת הליקויים שבדירה, מדובר במסמך בנוסח אחיד, אשר נוסח מראש על-ידי הנתבעת, שלא בנוכחות התובעים.

כך גם, מעדותו של סמנכ"ל הנתבעת ע"ה/1 אליעזר גרוסמן עולה, כי נוסח סטנדרטי זה משמש את הנתבעת להחתמת רוכשי הדירות בעת גמר התיקונים ומסירת החוקה בדירה (עמ' 34, שורות 20-28).

יוער, כי ע"ה/1 אליעזר גרוסמן, סמנכ"ל הנתבעת, טען בעדותו, כי לקונים יש אפשרות להתערב בניסוח החווה במהלך המשא-ומתן ויכולת להשפיע על תכנון, ולשנות: 'אם הוא ('הרוכש' - 'י' מ') מעלה טענה מנסים לפתור אותה. אנחנו מכרנו דירה ואנחנו רוצים לתת אותה לדייר. אנחנו לא כופים עליו בשום עניין. אם יש טענה אנחנו הולכים לפתור אותה. איזה טענה יכולה להיות? ... אני לא יודעה מה הדיוק, מה זה טענה של למחוק את סעיף 10, אבל אנחנו מנסים לבוא ואנחנו באים עם הדיירים שלנו, להסכם לקבל את הדירה' (עמ' 36, שורות 5-15).

ברם, הנתבעת לא הניחה כל תשתית ראייתית לטענה זאת.

ברור, כי תנאיו של כתב הוויתור נשוא הדיון, נקבעו מראש בידי צד אחד (הנתבעת) על-מנת שישמשו קונים רבים. '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 רבים בניו לבין אנשים בלתי-מסויימים במספרם ובוהותם...' (כב' השופט צ' טל, ת"א (י"ם) 674/83 מרים ודניאל אשכר נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פ"מ תשמ"ו(ב) 3, 10).

אכן - נוהג זה של קבלנים, להחתים את רוכשי הדירות על כתבי ויתור מן הסוג הזה, הוא נוהג פסול וממילא מיותר. שני טעמים מצויים לפסילת נוהג זה ולדחיית טענת

הפטור אינו סביר בהתחשב בהוראות אחרות שבחווה - תחוקה התניה כמקפחת לכאורה: החווה שנתן הוא החווה שלקח' (ג' שלו, שם, 633).

הכלל הוא, כי המוציא מחברו עליו הראיה, ועל-כן, התובע הוא הנושא בנטל השכנוע לגבי היסודות העובדתיים של עילת תביעתו. 'אמנם בדרך רגילה לא יעבור נטל השכנוע, במשך המשפט, מצד לצד והוא יישאר מונח, עד הסוף, על שכמו של מי שנושא בו בתחילה, אולם כפי שיתבהר להלן, יכול שבמהלך הדיון, תקום בנוגע לעובדה שיש עליה מחלוקת, חוקה מן הדין, הפועלת לטובת הצד שנשא קודם-לכן בנטל השכנוע לגביה ואשר כוחה הוא להעביר את הנטל הזה ליריבו...' (כב' הנשיא ש' אגרנט, ד"נ 4/69 יצחק נוימן ובניו חברה לביטוח בע"מ נ' פולה פטיה כהן ואח', פ"ד כד (2), 229, 290 ד').

'התובע הוא גם החייב לפתוח בהוכחותיו ופירוש הדבר, שעליו להביא עדות המספקת להוכיח את תביעתו הוכחה לכאורה. כזהו נטל הבאת ההוכחות מבחינתו של התובע וברור שאם לא השכיל להרימו, די בכך, כדי שיצא מפסיד במשפט. השלב הבא הוא: אם הצליח התובע במשימה האמורה, כי אז עוברת החובה מס' 2 לנתבע.' (כב' הנשיא ש' אגרנט, שם, 291)

'יש והתשתית הדרושה להקמתה של חוקה שבחוק... דורשת הוכחת נסיבות שיש בהם יסוד סביר להניח' לכאורה, נראה כי את העובדות המקימות את היסוד הסביר להניח, יש להוכיח במידה המוטלת על תובע במשפט אזרחי; כאשר המסקנה המתחייבת מהן, היא קיומו של 'יסוד סביר להניח'. 'י קדמי, על הראיות, חלק שלישי (התשס"ד-2003), 1567).

טענת 'כפיה', 'אילוץ'

גם בעניין זה טענו התובעים באופן סתמי וכללי: האם כווננו בדבריהם לעילת הכפיה? העושק? לטענת הטעיה או טעות?

כל אחת מעילות אלו, שעניינן פגם ברצון, קרי - בכריתת החווה, טעונה ביסוס עובדתי על-פי יסודותיה, ואין די בטענה כללית ומעורפלת בדרך של הפרחת 'סממאות' לחלל האוויר (ראו בעניין זה ג' שלו, שם, 614, ה"ש 28).

תנאי מקפח ושליטת גמירות-הדעת

התובעים טענו, כאמור, כי חתמו על כתב הוויתור 'מבלי שהבינו את משמעותו ו/או מכוח לחץ או כפיה ובהעדד ברירה אשר פגמו בגמירות-דעתם' (סעיף 26 לכתב התביעה).

'עצם החתימה על מסמך יוצרת חוקת הסכמה למסמך החתום: מי שחתום על חוזה חוקה עליו כי הסכים לו. חוקת ההסכמה מקפלת בחובה חוקת ידיעה, שהרי אי-אפשר להסכים אלא למה שידוע'. (ג' שלו, "טעות בחתימה - האמנם 'לא נעשה דבר'?" תשמ"א, משפטים יא, 501, 505)

משכך, שתיקת התובעים בנדון אומרת דרשני, והם מוחזקים כמי שחתמו על כתב הוויתור מתוך גמירות-דעת. מסמך הוויתור נשוא התביעה, הוא למעשה חוזה שנכרת בין בגירים, בעלי כשרות משפטית ובני-דעת. סעיף 24

הנטל להוכיח כי נתקיימו היסודות המעוררים את חוקת הקיפוח מוטל על הטוען זאת. בנטל זה לא עמדו התובעים. כאמור, התובעים לא צירפו את מסמך הוויתור, שלטענתם מקפח, לכתב התביעה ולא טענו ספציפית בנוגע אליו. התובעים לא טענו ולא הוכיחו את היסוד המעורר חוקת קיפוח זו, היינו - את יסוד אי-הסבירות של התניה עליהם חתמו.

לעניין זה טוענת הנתבעת, כי אי-צירופו של מסמך הוויתור לכתב התביעה, מהווה ניסיון להעלמת מסמך מהותי מעיני בית-המשפט, ועל-כן מוחזקים התובעים כמי שטוענים טענת קיפוח בחוסר נקיין כפיים ובחוסר תום-לב. 'אין להעלות על הדעת, שפלוני, שחתם על כתב ויתור לגבי הסכום, כולו או מקצתו, אותו הוא תובע, יסתיר עובדה זו בכתב התביעה המוגש על ידיו'. (כב' הנשיא מ' שמגר, ע"א 218/85 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' שאול שטמר, פ"ד לט (2), 452, 454)

לא יכול להיות חולק, כי חובה על התובעים היה לצרף את כתב הוויתור לכתב תביעתם, או להביא בו את נוסח תניית הוויתור, ולטעון במפורש את טענותיהם כנגד כתב הוויתור, וזאת מכוח הוראות תקנות 75(ב), 78 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

'זאת ועוד, עמדת (התובעים - י' מ') לפני בית-משפט... לקתה גם בפן הפרוצדורלי שבה. טענת החווה האחיד הועלתה על ידם על שולחן הדיונים שלא בדרך הראויה.

...עתירה לבטל או לשנות תניה בחוזה אחיד לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, הינה תרופה שתובע עותר לה במסגרת טענותיו... שומה לכלול אותה בכתב התביעה עצמו (ע"א 685/81 לינסס וג'נרל חברה לביטוח בע"מ נ' בורכרד ליינס בע"מ, פ"ד לח (3), 421, 427, מול ג'-ד'; בעקבות ע"א 493/69 מדינת ישראל נ' חרד, פ"ד כד (1)).' (כב' השופט מ' גל בר"ע (מחוזי-י"ם) 3223/01 - מאיר רחמים נ' ליגד השקעות ובניין, תק"מח 2001 (3), 3585, 3587)

לכלול בכתב הטענות פרושו לטעון במפורש ובמפורט נגד הוויתור הספציפי בנוגע לאיחור במסירה ולבקש לבטל ויתור זה בהיותו מקפח. דבר זה לא נעשה על-ידי התובעים, ומכאן שאין בפנינו טענה ואף אין בפנינו ראיות לכאורה לטענה. יתר-על-כן, אין בפנינו גם כל הסבר או טיעון מדוע לא נטענה הטענה במפורש ומדוע לא הובאו כל ראיות בנדון, אף כי התובעים ובא-כוחם היו ערים להכחשת טענותיהם בסעיף 26 לכתב התביעה ולהתנגדות הנתבעת לביטול התנאי, כפי שבא הדבר לידי ביטוי בסעיף 33 לכתב ההגנה.

סיומו של דבר, טענת הקיפוח לא הוכחה.

זאת ועוד, את סעיף 4 לחוק החוזים האחידים יש לקרא על רקע הוראתו החולשת של סעיף 3 לחוק זה, כלומר - גם תנאי מקפח לכאורה ייבחן, איפוא, בשים-לב למכלול תנאי החווה ולנסיבות אחרות: 'לצורך בחינת סבירותו של התנאי יש לבחון את מכלול הנסיבות... בעוד שפטור מאחריות על-פי דין (דיספוזיטיבי) מוחזק תמיד כמקפח - פטור מאחריות חונית צריך להיות בלתי-סביר. רק אם

'במקרים רבים חותם אדם על חוזה אחד מכיוון שהוא סבור 'שאין לו ברירה', ואכן העדרו של חופש רצון 'במובן האמיתי' (אם גם לא במובן המסורתי) נמנה עם השקולים המצדיקים התערבות בחוזים אלה' (שם, כרך שני, התשנ"ג-1992, 661).

לא מוכר לי כל מקרה שבו בית-המשפט ביטל תנאי מקפח בחוזה אחד שלא על בסיס פגם ברצון, וגם המלומדים הנכבדים אינם מביאים דוגמה למקרה שכזה.

בכל הכבוד ולעניות דעתי, ולמעלה מהצורך, בחינה מכל זווית שהיא, מביאה למסקנה כי הקיפוח הוא פגם שבגמירות-הדעת. בפגם שכזה דן המשפט באמצעות המבחן של 'אי-סבירות', קרי - מבחן הפיקציה של 'האדם הסביר', שעל פיו פוסק בית-המשפט, בדיעבד, (להבדיל מבית-הדין לחוזים אחרים שקביעתו נעשית מראש), שלמתקשר לא היתה ברירה אלא לחתום על החוזה, אם משום שלא הבין את התניה, אם משום שטעה, אם משום שאולץ וכיוצ"ב.

התובע 1, בתצהיר עדותו הראשית, הצהיר על האיחור במסירת החוקה בדירה (סעיף 3), אך לא הזכיר, ולו במילה אחת, את מסמך הוויתור.

התובעת 2, בתצהיר עדותה הראשית, לא הצהירה דבר באשר לאיחור במסירת הדירה, ואף היא לא הזכירה, ולו במילה אחת, את מסמך הוויתור.

עינינו הרואות, כי התובעים, בתצהירי העדות הראשית שלהם, אף לא חזרו על טענותיהם שבסעיף 26 לכתב התביעה, קרי, כי לא הבינו את משמעות המסמך שחתמו עליו מכוח לחץ או כפייה ובהעדר ברירה, אשר פגמו בגמירות-דעתם, ועל-כן לא הניחו תשתית ראייתית נדרשת, אף לא במשפט אורחי להוכחת וענתם בדבר אי-הבנה, לחץ, כפייה, העדר ברירה, אשר פגמו, לטענתם, בגמירות-דעתם, כפי שיפורט בהמשך.

כבר עתה נדגיש, כי לפי הטענה שבסעיף 26 לכתב התביעה, הסתייגות או התנגדות התובעים, היא בנוגע להגבלת הנתבעת או הסרת אחריותה בנושאים הבאים: ליקויי בניה, טיב הבניה וחובת התיקונים או פיצוי בנדון חלף תיקונים. הא ותו לא. אין כל טענת התנגדות או הסתייגות בפי התובעים, לא בכתב התביעה ולא בתצהירי העדות הראשית שלהם, בנוגע לשאלה שבמחלוקת, קרי - לשאלה בנושא הוויתור 'על כל טענה ו/או תביעה מסוג כלשהו הקשורה למועד מסירת החוקה בדירה'.

שלילת זכות הפניה לערכאות

התובעים טענו, כי אין תוקף לכתב הוויתור, זאת מכוח הוראת סעיף 5 חוק החוזים האחרים. טענת שלילת זכות הגישה לערכאות אינה רלוונטית, שכן לא הוגבלה זכות התובעים בפניה לערכאות וגם הנתבעת לא כפרה בזכותם זו (ראו גם: ג' שלו, שם, 634).

6. ליקויי בניה

המומחה המוסכם אמד את עלות תיקון ליקויי הבניה, גביהם לא היתה מחלוקת בין בעלי הדין, בסכום של 13,820 ש"ח ללא מע"מ (סעיפים 3.1.2, 3.1.3 ו-3.3.2 לחוות-דעתו) וכן מכתב השלמה מיום 23.4.01. סכום זה

לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), קובע: 'תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים', זאת כפוף לכך ש-'חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי-חוקיים, בלתי-מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל' (סעיף 30 לחוק החוזים). והוא הדין בחוזה שנכרת למראית-עין בלבד (סעיף 13 לחוק החוזים).

מאידך, ניתן לבטל חוזה בשל פגמים בכריתתו בעילות של טעות, הטעיה, כפייה או עושק (סעיפים 14, 15, 17, 18 לחוק החוזים).

עילה נוספת לביטול או שינוי תנאי בחוזה מצויה בחוק החוזים האחרים, התשמ"ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחרים), לפיה 'בית-משפט ובית-הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחד שיש בו - בשים-לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי-הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן: תנאי מקפח)' (סעיף 3), וזאת לאור מטרתו של חוק זה 'להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחרים' (סעיף 1).

'...חוק החוזים האחרים מוסיף את עילת הקיפוח לרשימה הקיימת של עילות לביטול חוזה, ובכך הוא מאפשר לבית-המשפט ולבית-הדין לחוזים אחרים להתערבות בחוזה אחד ולבטל, ואפילו לשנות, תניות מקפחות אשר בו' (פרופ' ג' שלו, דיני חוזים, מהדורה שניה (התשנ"ה), 31-30).

'תנאי מקפח בחוזה אחד' היא עילה נוספת (מחוץ לחוק החוזים) לביטול חוזה או תנאי שבו. הגורם המעורר את העילה הזאת והופך אותה לבת פועל הוא ה-'קיפוח', ש-'נכפה על הלקוח תוך ניצול חולשתו במשא-ומתן ועל-כן רשאי בית-המשפט לבטלו' (ראו ג' שלו, שם, 630, המביאה ציטוט מדברי כב' השופט א' ויתקון מ-ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציוד ספורט לישראל בע"מ נ' אסתר נחמיאס ואח', פ"ד (1) 63, 78).

'לפיכך התניות המקפחות יהיו כאלה אשר מצד אחד פועלות לרעתם של הלקוחות, אך חשוב מכך, אלה אשר יש בהן כדי לעורר סכנה משמעותית שהלקוחות אינם מבינים אותם כראוי או אינם יכולים להעריך את מחירן בעבורם' (א' פורת, חוזים אחרים; ד' פרידמן ו-נ' כהן, חוזים, כרך ג', התשס"ד-2003, 729, 757). משלא הוכיחו התובעים (המיוצגים על-ידי עורך-דין) כי התניה נכפתה עליהם תוך ניצול חולשתם במשא-ומתן ואת אי-הבנתם את התניה, הרי הם מוחזקים כמי שפעלו מתוך גמירות-דעת, קרי הסכימו לתנאי 'המקפח'. זוהי זכותם.

בנסיבות אלה, התערבות בית-המשפט בחירות כריתת חוזים, חסרת בסיס עובדתי ומשפטי.

לא נעלמו מעיני דבריהם של המלומדים פרופ' ד' פרידמן ופרופ' נ' כהן, שלדעתם 'הוראה זו (של סעיף 3 לחוק החוזים האחרים - י"מ) עשויה לחול אפילו היה פלוני עד לתנאי שבמסמך, כך שלא היתה כל טעות מצידו ואף לא פגם אחר ברצון (לפחות לא במובן המסורתי)' לעניין 'המובן המסורתי' הם מוסיפים בהערת שוליים 51, כי

7. ירידת ערך הדירה
פחיתת ערך הדירה לא הוכחה, שכן המומחה המוסכם שהוא גם שמאי מקרקעין, לא חיווה דעתו כי פחת ערך הדירה. יתר-על-כן, התובעים לא טענו בסיכומיהם לפחיתת ערך הדירה ועל-כן הם מוחזקים כמי שזנחו את עתירתם בנדון.

8. עגמת-נפש
התובעים טוענים, כי האיחור במסירת הדירה, הליקויים אשר נתגלו בה וכן נסיונות ממושכים לתקנם גרמו וממשיכים לגרום להם עגמת-נפש, והם תובעים גם פיצוי בגין עגמת-נפש בגין איחור של 8 חודשים בקבלת החוקה בדירה.

כאמור התובעים קיבלו החוקה בדירה ב-5/91, אך לטענתם רק ב-7/91 החלו לגור בה בפועל, שכן עד לאותה עת, ואף לאחר-מכן, לפי טענותיהם, הדירה לא היתה ראויה למגורים. לטענתם של התובעים הם סבלו מאבדן הנאה מהדירה, במשך כל אותה תקופה ואף לאחר-מכן, כפי שנטען בסעיף 5 כתב התביעה:

(ג) רשת החשמל חוברת לדירה רק ב-10/92. עד אז היתה הדירה מחוברת לגנרטור, עובדה שגרמה להפסקות רבות בורם החשמל ולרעש בלתי-פוסק נוכח היותו במרחק של 2 קומות בלבד מדירת התובעים. רשת המים חוברת לדירה רק ב-6/93. עד אז סבלו התובעים מהפסקות מים מרובות.

רשת הטלפון חוברת לדירה ב-24.7.92.
כמו-כן ראו בנדון את דברי התובע 1 בתצהיר עדותו הראשית (סעיף 11).

לטענת התובעים, ליקויי רטיבות וכן הנסיונות לתקנם גרמו וממשיכים לגרום להם לאי-נוחות וסבל. בא-כוחם של התובעים פרש בפני בית-המשפט מסכת ארוכה של נסיונות לתקן את הליקויים, לרבות החלפת ריצוף בשטח של 180 מ"ר שנעשתה ב-2/96 וכן ב-8/96 - או הוחלף גם כל הריצוף במרפסת בשטח של 60 מ"ר. כלומר, במשך 6 חודשים עבדו בדירת התובעים לצורך נסיונות תיקוני רטיבות (עמ' 47, שורות 11-17).

בנוסף מציינים התובעים כי הנסיונות הרבים לתקן את הליקויים וכן הנוכחות של העובדים מטעם הנתבעת, גרמו לפגיעה בפרטיותם לאורך תקופה ממושכת.

הנתבעת בחרה שלא לבצע תיקונים בדירה, בה ממשיכים התובעים להתגורר. לפיכך ממשיכים התובעים, לטענתם, לסבול מהליקויים הללו גם מקום, בו ניתן היה זה מכבר להביא את הבעיה לכדי פתרון, לשביעות רצונם של כל הצדדים.

לאחר ששקלתי הראיות, הנסיבות והטיעונים לעניין עגמת-נפש הגעתי למסקנה, כי יש להעמיד הפיצוי על סכום של 7,500 ש"ח.

9. לסיכום

מחייב הנתבעת לשלם לתובעים, כדלקמן:

סך של 13,820 ש"ח (עלות תיקון הליקויים לתובעים) בצרוף הפרשי הצמדה (למדד תשומות הבניה למגורים) וריבית מיום מכתב ההשלמה של המומחה המוסכם (23.4.01) ועד לפרעון, ובצרוף מע"מ כחוק ביום הפרעון.

נכון ליום 27.2.00, שהוא יום מתן חוות-דעת המומחה. לעומתו מעריכה הנתבעת את אותו נזק ב-3,200 ש"ח + 200 (ללא מע"מ) (עמ' 54, שורות 8-9).

נבחן את הליקויים אחד אחד.

רטיבות, אטום ועבודות טיח

בהשלמת חוות-דעתו מיום 23.4.01 (לפי בקשת בא-כוח התובעים) אמד המומחה המוסכם את עלות תיקון הרטיבות, ליקויים באטום וביצוע עבודות טיח וסיוד ב-9,600 ש"ח (עלות לתובעים), ו-6,500 ש"ח (עלות לנתבעת) (סעיף 1.3 למכתב מיום 23.4.01).

בסיכומיה מפנה הנתבעת למכתבו של המומחה המוסכם וטוענת:

'אולם, בתשובות לשאלות הבהרה מיום 27.6.01, מוריד פטל את הסכום ל-200 ש"ח עלות לדייר. וזאת בהתייחס לתובעים'.

(עמ' 54, שורות 2-3).

בעניין זה, יש לדון בנאמר בסעיף 1 למכתב ההבהרה של המומחה המוסכם, בו מציין האחרון, כי אם בעיית הרטיבות בדירת התובעים תבוא על תיקונה, יעלם הצורך בפירוק נוסף של הריצוף, ובמקרה זה תופחת עלות התיקונים ל-200.

המומחה המוסכם חזר והדגיש את החשיבות של תיקון בעיית הרטיבות הדירת התובעים אחת ולתמיד. הנתבעת לא הוכיחה, כי בעיית הרטיבות בדירת התובעים באה על פתרונה וכך גם מציין בא-כוח התובעים בסיכומיו: 'הואיל והנתבעת לא ביצעה כל תיקון מאז חוות-דעתו (של המומחה המוסכם - 'מ'), ברור שהתנאי הזה לא קיים ואז חוזרים להערכה שלו מכתבו מיום 23.4.01 בסעיף 1.3 שזה 9,600 ש"ח' (עמ' 56, שורות 9-11).

לפיכך, אין לקבל את טענת הנתבעת לפיה יש להפחית עלות התיקונים בהסתמך על מכתב הבהרה של המומחה המוסכם מיום 23.4.01, מהסכום של 9,600 ש"ח לסכום של 6,500 ש"ח.

מאחר ונטל ביצוע התיקונים רובץ על התובעים, ועל-מנת להבטיח כי פרשת הליקויים תבוא לקיצה, ביקשו התובעים לזכותם גם ב-2,124 ש"ח עבור עלות פיקוח הנדסי על ביצוע התיקונים, בערך של 10% מהעלות המוערכת של התיקונים (עמ' 45, שורות 1-4).

המומחה המוסכם לא חיווה דעתו, כי בנסיבות העניין יש להיזקק לפיקוח הנדסי. המומחה המוסכם לא נשאל שאלת הבהרה בנדון ואף לא נחקר בנושא זה בבית-המשפט, ומשום כך דין עתירתם בנדון להידחות כבלתי-מוכחת.

שיפור המראה האסטטי של הגג

בחוות-דעתו מיום 27.2.00, ציין המומחה המוסכם 'גבעה' מיותרת בפינה הצפון-מערבית של הגג. הצנרת והגבעה כוסו על-ידי הדיירים במכסה פח עם צווארון דבר שנותן למקום חוות יותר אסטטית וגם מאפשר לתחוק את הצנרת. יש לזכות את הדיירים בעבור ביצוע המכסה והצווארון בסך של כ-120 ש"ח' (עמ' 3, סעיף 3.1.2 לחוות-דעת).

על-כן הוכח הבסיס לפיצוי התובעים בסכום הנ"ל אשר נכלל בסה"כ עלויות התיקונים.

בסך של 5,000 ש"ח בצרוף הפרשי הצמדה וריבית מיום הגשת התביעה (25.5.99) ועד לפרעון וכן שכר-טרחת עורך-דין בסך 3,000 בצרוף הפרשי הצמדה וריבית מהיום ועד לפרעון ובצרוף מע"מ כחוק ביום הפרעון."

סך של 7,500 ש"ח (בגין עגמת-נפש, טרחה וטרדה) בצרוף הפרשי הצמדה וריבית מהיום ועד לפרעון.
בשים-לב להוראות תקנה 512 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 בשים-לב לסכום התביעה, לתוצאה ולכלל הנסיבות, מחייב הנתבעת לשלם לתובעים הוצאות משפט