

שער ו"א

קבלן ו-"עסקת קומבינציה"
ורוכשי דירות

1. משלא מילא קבלן את חיוביו - כלפי בעל חלקה עימו התקשר ב-"עסקת קומבינציה" - תוך זמן סביר לאחר כריתת החוזה - כאמור בסעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 - היפר את החוזה.

ע"א 717/78 שרץ את אבנרי חברה להשקעות ובניין בע"מ נ' מרים פיבוביץ ואח', פ"ד לד(1) 410.

שהיפרו את החוזה על-ידי הצהרתה של המשיבה מס' 1 בפגישה ההיא, או שהפרה זו יכולה עוד לשמש לו עילת תביעה לפיצויים או בכלל.

מאז ספטמבר 1975 ועד יולי 1976 התנהל בין הצדדים משאומתן בעל-פה ובכתב, אם לדרכי ביצועו של החוזה ואם להכנת שינויים בחוזה. השופט קמא פסק, שהצדדים הגיעו לידי הסכם מחייב על שינויים מסויימים בחוזה.

באת-כוח הקבלן טענה, שמבחינה משפטית לא נכרת חוזה מחייב לשינוי החוזה המקורי, ושעל-כן צדק בא-כוח הקבלן דאז כשכתב לבא-כוח המוכרים ביום 30.8.1976 שהקבלן עומד על כך שההסכם יבוצע ללא כל שינוי. ואולם התעלם בא-כוח הקבלן מהסכמתו שלו שבמכתבו מיום 20.5.1976, אשר בו הוא העמיד דרישה לשינוי ההסכם המקורי: לעניין דרישות השינויים מצד המוכרים הושגה הסכמתו המלאה של בא-כוח הקבלן, ואם כי דרישתו שלו, שהמשיבה מס' 1 תחפש לה בעצמה דירת ארעי נדחתה תחילה על-ידי בא-כוח המוכרים כאמור, הרי לאחר-מכן הושגה הסכמה גם לכך. כתום שבועיים, שעברו ללא תגובה מצד הקבלן, הגישו המוכרים תובענתם לבית-המשפט המחוזי לתשלום הפיצויים הקבועים והמוסכמים מראש בסך 150,000 ל"י. הקבלן מצדו הגיש תביעה נגדית לפיצויים בסך 250,000 ל"י (הכוללים, ולו רק לחלופין, גם את הפיצויים הקבועים והמוסכמים מראש) בטענה שהחוזה הופר אך על-ידי המוכרים בלבד.

השופט קמא פסק, שהקבלן הוא שהיפר את החוזה, ועל-כן חייב אותו בתשלום סך 150,000 ל"י למוכרים ודחה את התביעה הנגדית.

בית-המשפט בערעור פסק כי אין למצוא פגם ודופי בפסיקתו של השופט קמא.

"אשר לטענתו של הקבלן שהמוכרים היפרו את החוזה על-ידי הצהרת המשיבה מס' 1 שהיא לא תפנה את הקרקע, כבר אמרנו שאין הוא יכול להישמע עוד בטענה זו; ועל הפרה אחרת של החוזה מצד המוכרים אין באת-כוח הקבלן יכולה להצביע. ואשר לטענת המוכרים שהקבלן היפר את החוזה, הרי כולי עלמא לא פליגי שעליו היה לשלם למינהל מקרקעי ישראל את דמי ההסכמה, להשיג את היתר הבניה, להעמיד לרשות המשיבה מס' 1 דיור ארעי, ולתת למוכרים הודעה בכתב של שבועיים מראש על קיום התחייבותו זו בטרם יוכל לקבל את המקרקעים לרשותו. הוא לא עשה דבר מן הדברים האלה - ולפי הוראת סעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-

ביום 25.6.1974 נעשה חוזה בין המשיבה מס' 1 ובעלה המנוח (להלן: המוכרים) לבין המערערת (להלן: הקבלן), שלפיו התחייבו המוכרים להעביר לקבלן את זכויותיהם במקרקעים מסויימים שהם בבעלות מינהל מקרקעי ישראל, על-מנת שהקבלן יהרוס את המבנה העומד על המקרקעים ההם ויקים בניין חדש. בתמורה התחייב הקבלן לשלם למוכרים סך 50,000 ל"י במוזמן (מהן כבר קיבלו המוכרים בעת חתימת החוזה סך 20,000 ל"י) וכן להעמיד לרשותם שתי דירות של שלושה חדרים כל אחת בבניין החדש שיוקם על המקרקעים. הותנה שעל הקבלן למסור למוכרים את שתי הדירות הללו תוך 18 חודשים מיום קבלת היתר הבניה. אך לקבלת היתר הבניה לא נקבע בחוזה כל מועד. את יתרת המחיר התחייב הקבלן לשלם למוכרים "עם מסירת החזקה" במקרקעים.

בסעיף 16 לחוזה נקבעו פיצויים בסך 150,000 ל"י "שישולמו על-ידי הצד שיחזור בו מן העסקה לצד שהיא מוכן לקיימה ו/או על-ידי הצד שיפר הפרה יסודית הסכם זה". ובתוספת לחוזה התחייב הקבלן לשלם (בין השאר) גם את דמי ההסכמה המגיעים למינהל מקרקעי ישראל.

עברה כשנה עד שקיבל הקבלן הודעה סופית על קביעת דמי ההסכמה שעליו לשלם למינהל מקרקעי ישראל, אבל גם אז לא שילמם. ביום 1.7.1975 שלח בא-כוח המוכרים דאז מכתב אזהרה לקבלן, שאם לא יקיים התחייבויותיו על-פי החוזה, יבטלוהו המוכרים. ואולם גם לאחר עבור המועד שנקבע לו לקבלן במכתב זה למילוי התחייבויותיו, לא ביטלו המוכרים את החוזה; ולפי מה שקבע השופט קמא, התקיימה סמוך לאחר משלוח מכתב זה פגישה בין הקבלן לבין המשיבה מס' 1, אשר בה הצהירה שהיא לא תפנה את הבית ולא תמסור לקבלן את החזקה במגרש. בכך גילתה דעתה שלא תקיים את החוזה. כאמור בסעיף 17 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות), והקבלן רשאי היה לתבוע פיצויים ולבטל את החוזה. הוא בחר שלא לתבוע פיצויים ושלא לבטל את החוזה, אלא עמד על קיומו.

ביום 28.8.1975 כתב בא-כוח הקבלן לבא-כוח המוכרים כי הקבלן מתכוון לקיים את החוזה וכי מעולם לא גילה דעתו שלא יקיימו, וכי מצפה הוא "לתשובתם המוחלטת" של המוכרים "כי אין בכוונתם לסכל את ביצועו של ההסכם בצורה כלשהי". לאור מכתב זה, ונוכח פני מחדלו של הקבלן מללכת בדרכים שהיו פתוחות לפניו לפי חוק התרופות, נקבע כי נסתמו טענותיו שהמוכרים הם

נטענה לפניו. על כל פנים לכאורה אין לומר שסכום הפיצויים שנקבע בחוזה אינו עומד ביחס סביר לנוק הצפוי מראש מאי-קיום חוזה למסירת שתי דירות, שערכן או היה 360,000 ל"י (כהוראת בא-כוח הקבלן במכתבו אל מינהל מקרקעי ישראל מיום 8.1.1975). טענת באת-כוח הקבלן, שלא נגרם למוכרים כל נזק, שהרי לא הוכיחו שנגרם להם נזק - אינה אלא טענת סרק; לפי הוראת סעיף 15 הנ"ל יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; והטוען שקיימות נסיבות אשר בגללן רשאי בית-המשפט להפחיתם, עליו הראיה.

לבסוף טוענת באת-כוח הקבלן שהמוכרים הטוענים שהחוזה המקורי הוחלף על-ידי החוזה כפי ששונה בהסכמת הצדדים, אינם יכולים לתבוע עוד על-פי סעיף 16 של החוזה המקורי, שהרי סעיף זה אינו עוד חלק של החוזה כפי שהשתנה. גם בטענה זו אין כל ממש. השינויים המוסכמים שהמוכרים טוענים להם, משנים הוראה פלונית של החוזה המקורי ומשאירים כל יתר הוראותיו בעינם... אבל כל יתר הוראותיו של החוזה חלות על שתי הדירות החדשות כפי שחלו על שתי הדירות המקוריות."

1973, צריך היה לעשותם תוך זמן סביר לאחר כריתת החוזה. אפילו תאמר שאין להביא בחשבון הזמן הסביר את השנה שעברה עד שמינהל מקרקעי ישראל קבע סופית את סכום דמי ההסכמה, בשנה שלאחר-מכן היה זמן סביר די והותר להביא את כל ההכנות ההן לידי גמר. במקום לעשות כן, ניהל משא-ומתן ממושך עם בא-כוח המוכרים אשר לכאורה נסתיים בהסכם מסויים (ראה מכתב עורכי-הדין אקשטיין ואוסטין מיום 18.7.1976) - אלא שגם מן ההסכם הזה ניצער חוצנו (במכתב עורך-דינו מיום 30.8.1976) וחזר לחוזה הראשון שלטענתנו עמד בתוקפו מאז כריתתו ככתבו וכלשונו: ממילא אין בטענותיה של באת-כוח הקבלן בדבר תוקפו המחייב של הסכם השינויים כדי להעלות או להוריד.

עוד טוענת באת-כוח הקבלן שלפי סעיף 15 לחוק התרופות רשאי בית-משפט להפחית מסכום הפיצויים הקבועים והמוסכמים מראש. 'אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנוק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה בתוצאה מסתברת של ההפרה'. לטענה זו לא נתן השופט המלומד את דעתו, מסתמא משום שלא

2. חוזה למכירת מגרש תמורת דירות - ביטולו עקב העדר אפשרות להשיג רישיון בניה.

ה"פ (ת"א) 270/80 ברוריה הוק נ' מפעלי ברוך שמיר, חברה לבניין ולהשקעות בע"מ, פ"מ תשמ"ב(א) 353.

לכך ככל האפשר, ולהתחיל בבניה מיד לאחר אישור התוכניות, ולהמשיך בו ברציפות עד סיומו. עוד חשוב אולי, לצטט את נוסח סעיף 22 להסכם. וזה לשונו:

"22. אם מפני סיבות בלתי-תלויות בקונה כגון גשמים, מלחמה, מצב חירום, שביתות, חוסר בעובדים או בעלי מקצוע, חוסר בחומרי בניין ו/או באביזרי בניין או בגלל מחלה או בגלל מקרים דומים אחרים שאין למנוע בעדם או שהם אינם נראים מראש תופסק ו/או תואט עבודת בניין הבית ו/או השלמתו וזאת בכל זמן שהוא ובכל שלב שהוא של בניית הבית ו/או הדירות - אזי ידחו באופן אוטומטי המועדים הקבועים בהסכם זה למסירת הדירות ולהעברתן בלשכת רישום המקרקעין באותו מספר ימים שתארך הפסקת העבודה הנ"ל."

כבר בשלב זה ניתן לומר, שסעיף זה חל רק למקרה שבו החלה עבודת הבניה, לאחר שאושרו התוכניות לבניה, כאמור, ואין מקום להחיל אותו על המקרה בו לא נתקבל האישור לתוכניות הבניה בכלל.

בפועל, זה מה שקרה.

המשיבה לא קיבלה את האישור מהוועדה המקומית, משום שהמגרש מוקפא, ובמחלקת מהנדס העיריה נמסר לה כי

המבקשת היא הבעלים של מגרש. ביום 3 במאי 1972 חתמה על הסכם עם המשיבה למכירת המגרש. היא התחייבה למסור למשיבה את החזקה במגרש מיד לאחר שהוועדה המקומית לתכנון ולבניה תאשר את התוכנית לבנות בית משותף על המגרש, ולהעביר את הבעלות בנכס לאחר גמר בניית כל השלד של הבית המשותף. כדי להבטיח שאכן תועבר הבעלות בשלב האמור, נקבע כי המבקשת תיתן יפוי-כוח בלתי-חוזר לעורכי-דין מסויים. תמורת התחייבויות אלה מצד המבקשת, התחייבה המשיבה לתכנן בניית בית משותף שיכלול לפחות שתי דירות בקומה הראשונה או בקומה הרביעית הפונה לחזית הרחוב ולאפשר למבקשת לבחור לעצמה את שתי הדירות בקומה הראשונה או בקומה הרביעית, וזאת לאחר שתוכנית הבניה תאושר כחוק. כן התחייבה המשיבה להשלים בניית הדירות ולמסור את החזקה בהן למבקשת תוך 18 חודש מיום אישור תוכנית הבניה וקבלת היתר הבניה.

כפי שנובע מתמצית הוראות החוזה שצוטטו לעיל, עדיין אין אנו יודעים מתי תתחיל הבניה, מתי תוגשנה התוכניות ומתי תאושרנה. ואכן, כל שנאמר בנדון זה בהסכם הוא, שהמשיבה מתחייבת להגיש את התוכניות לוועדת בניין ערים מיד לאחר החתימה על הסכם זה או בתאריך סמוך

אין סיכוי לקבלת היתר בניה בעתיד הנראה לעין. מנהל המשיבה אומר בתצהירו, כי סמוך לחתימת ההסכם, נקטה חברתו צעדים נמרצים לקבל היתר הבניה, הוציאה הוצאות ושכרה אדריכל, הגישה תוכניות, אך הן לא אושרו.

ביום 28.5.79 שלחה המבקשת הודעה אל המשיבה והודיעה לה, כי לדעתה החוזה סוכל, ועל-כן הינו בטל ומבוטל. משלא נתקבלה דעתה, על-ידי המשיבה, פנתה ביום 18.3.80 לבית-המשפט בבקשה לקבלן פסק-דין הצהרתי בדבר בטלותו של ההסכם.

בינתיים חלה התפתחות נוספת בעניין המגרש. הליכי התכנון מחדש התקדמו, וניתן להגיש ולקבל אישורי תוכניות לגבי הנכס.

כשלב זה בחן בית-המשפט את השאלה, באם להתפתחות האחרונה יש השלכה לעניין.

"בפסק-דין הצהרתי כגון זה בו מתבקש בית-המשפט להצהיר על מצב משפטי בתאריך מסויים, מתן ההצהרה נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט (ראה לורד דנינג ב-"*Sikol-Hadeta* שלא לתת סעד זה יופעל בכמה אפיקים:

א. כשהסעד הוא ללא תועלת בצידו...
 ב. כשהסעד ההצהרתי נוגד את הסדר הציבורי או אם לא יהיה מן היושר ליתתו או בשל התנהגות הצדדים (ע"א 238/53 כהן ובסליק נ' היועץ המשפטי (4)).
 ג. כשישנו סעד חלופי בדרך מינהלית או אחרת (ע"א 291/56 שצופק נ' רפפורט ו-4 אח' (5)).

אף אחד מהנימוקים הנ"ל והנובעים מהם, אין בו כדי למנוע מאת המבקשת את הסעד ההצהרתי... על-כן נראה לי, שעלינו להתרכז בשאלה: מה היה מצב העניינים ביום ששלחה המבקשת את הודעתה למשיבה על ביטול החוזה, והאם היתה זכאית באותו היום לראות את החוזה כבטל מחמת סיכולו אם לאו...

עוד טענה, שיש להסירה מדרכנו היא הטענה של בא-כוח המשיבה בדבר התיישנות או שיהוי מצד המבקשת. התיישנות לא קיימת. המשיבה בעצמה הצהירה כי רק כעבור זמן ממושך מאז חתימת ההסכם נדחתה בקשתם לאישור התוכניות בשל התכנון מחדש. אין לנו כל נתון עובדתי מתי נודע למבקשת לראשונה על המניעה הקיימת לקבלת תוכניות בשל התכנון החדש. תקופת התיישנות מתחילה מהיום שבו נולדה עילת התובענה (סעיף 6 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1952 (9) או מהיום שבו נודעו

לתובע העובדות המהוות אותה (סעיף 8 לחוק הנ"ל). המבקשת עמדה לחקירה שכנגד על תצהירה, אך לא נשאלה מתי נודע לה לראשונה על ההקפאה של המגרש, על-כן אין בידי נתונים על פיהם יכול אני לחשב את תקופת ההתיישנות ועלי להניח, איפוא, לטובתה של המבקשת כי תקופה זו לא חלפה.

אשר לטענת שיהוי - ניתנה תשובה מתאימה בתצהיר המבקשת וגם עליה לא נחקרה... מה גם שאף המשיבה לא הצליחה לעשות יותר מכך וחובתה של המשיבה לפעול בנדרון היתה לא פחותה מחובתה של המבקשת."

המבקשת מסתמכת על סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

בית-המשפט פנה לסעיף 6 לאותו החוק המגדיר "הפרה יסודית", שהיא הפרה שניתן להניח לגביה, שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה.

"אני סבור שניתן לראות בהפרה הנדונה - הפרה יסודית. המבקשת לא קיבלה פרוטה בעד המגרש. כל התמורה היתה אמורה להינתן בדירות. היא המתינה שבע שנים ויותר עד שפקעה סבלנותה, אין צורך להכביר מילים על כך, שאילו ראתה מראש שלא תקבל את הדירות תוך 7 שנים מיום חתימת החוזה לא היתה מתקשרת כלל בחוזה. לוח הזמנים בחוזה מצביע על כך שהצדדים התכוונו שהבניה תחל מיד עם אישור התוכניות, שאילו לא ההקפאה היו מתאשרות תוך זמן סביר של חודשים ושהבניה תסתיים תוך 18 חודש לאחר-מכן.

לפיכך, ההודעה שנשלחה על-ידי המבקשת היא לפי סעיף 7(א) ולא לפי סעיף 7(ב) ועל-כן לא היתה צריכה המבקשת לתת למשיבה 'זמן סביר' לקיום החוזה.

12. סעיף 18 בא להגן על המשיבה ולתת בידיה טיעון הגנה של סיכול חוזה לאמור, שאם הפרה לא היתה תלויה בה לא ניתן יהא לתבוע אותה לאכיפה או לפיצויים. אולם הסעיפים היסודיים לביטול החוזה הם הסעיפים 6 ו-7 הנ"ל, ולדעתי, כאמור, היתה המבקשת זכאית לבטל את החוזה בהודעה שנשלחה למשיבה 28.5.79. הויכוח אינו אם חל סעיף 18 אלא אם יש כאן 'הפרה יסודית' לפי סעיף 6."

בסיכום נקבע, כי המבקשת זכאית לסעד המבוקש על ידה, ועל-כן הוצאה, כי ההסכם בין הצדדים מיום 3.5.1972 בטל.

3. קריטריון נכון לקביעת מלאכותיות העסקה הוא, אם יש בעסקה תוכן כלשהו מלבד הפטור המבוקש ממס.

ע"א 503/82 טאוב ואח' נ' מנהל מס שבח מקרקעין, תל-אביב, פ"ד לט(2) 743.

'אם הובא טעם אמין לעריכת העסקה בדרך מסויימת, וטעם זה איננו הרצון להתחמק מתשלום מס, אין הרשות נתונה, היינו רשויות המס אינן רשאיות או להתעלם מן הצורה (המפוצלת) בה הולבשו העסקה או העסקאות, לגביהן נבחנת החבות במס, כדי לשום את המס לפי שיקוליהן'.
באותה רוח אף קבעה השופטת - כתוארה אז - בן-פורת, בעמ' 456:

'במקרים רבים עסקה, הנראית מלאכותית, שוב אינה כזאת, אם נתלוותה לה מטרה מסחרית סבירה (שאינה, כמובן, השתמטות מתשלום מס).'
ואילו השופט אור בחן את מהות העסקה וקבע, כי יש לפסלה, משום שהמסמכים שנעשו לא שיקפו את אשר הוסכם בין הצדדים לאמיתו של דבר.

המקרה שלפנינו מרחיק לכת מן האחרים, שנדונו בפסיקת בית-המשפט, בכך שאין לנו עניין בחווה אחד, שאותו עלינו לפרש או לבדוק על-פי המבחנים הנ"ל, אלא שיש לפנינו שני חוזים, שנעשו זה אחר זה. כאמור, החווה הראשון שנעשה בין הצדדים איננו מעורר כל שאלה, ולא בו אנו דנים, כי העסקה האמיתית שבין הצדדים מתגלית ומשתקפת בו בצורה חד-משמעית. המערערים נקטו צעדים ואמצעים, שהיו מכוונים להפחתת המס. בהתאם לכך טרחו לנסח, לאחר החתימה על החווה הראשון והאמיתי, חווה שני, והם מבקשים, כי חובתם לשלם מס תיקבע על-פי מסמך שני זה בצורתו החדשה, אף-על-פי שאינו שונה מן החווה הראשון במהותו, בתוכנו ובתנאיו, הן מצד המערערים והן מצד הקבלן. ברי, אם כן, שהחווה השני, אותו כינתה ועדת הערר כ'אינוס העובדות', לא נעשה אלא למטרה אחת בלבד - זו של הפחתת המס המגיע על העסקה האמורה בחווה הראשון.

בדין ראה המשיב את החווה השני כמסמך המטפל בעסקה 'מלאכותית או בדויה' (כאמור בסעיף 84 הנ"ל), ויפה עשתה ועדת הערר, שדחתה את ערעורם של המערערים.

המערערים הגישו ערעור זה בהסתמכם על סעיף 90 לחוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963.

ביום 18.10.79 חתמו המערערים עם קבלן בניין על חווה, שעניינה הוא "עסקת קומבינציה", ולפיו תימכר קרקע תמורת דירות. חווה זו אינו מעורר בעיות כלשהן. כעבור חודשיים ימים, ביום 18.12.79, נערך בין המערערים לבין הקבלן הנ"ל מסמך נוסף, שכונה על ידיהם "תוספת הסכם". לכאורה לא חל שינוי כלשהו בין ההסכם הראשון לבין ההסכם השני (שכונה "תוספת הסכם"), שהרי אף בו חזרו שני הצדדים ואישרו, כי החווה הראשון "על כל הוראותיו ותנאיו ישאר בתוקף ויחייב את הצדדים לכל דבר". הקוץ שבאליה הוא, שבחווה השני שוב לא צויינה העסקה כהעברת בעלות על קרקע תמורת דירות, אלא כהעברת מניותיהם של המערערים בחברה.

ועדת הערר מצאה, שהחווה האמיתי שנעשה בין הצדדים לא היה אלא החווה הראשון, וכי החווה השני נעשה כ"עסקה מלאכותית", כאמור בסעיף 84 לחוק מס שבח מקרקעין.

יצויין כי, על-פי ההלכה, הקריטריון הנכון לקביעת מלאכותיות העסקה הוא, אם יש בעסקה תוכן כלשהו מלבד הפטור המבוקש ממס, לאמור, שעסקה לא תיחשב כמלאכותית, אם ניתן למצוא בה טעם אחר, פרט לזה של הרצון להפחית את נטל המס.

לאור החומר שהוצג לפני ועדת הערר היא קבעה, כי כל כולו של החווה השני לא בא אלא לצורך הפחתת מס.

בית-המשפט בערעור קבע כי לא היה כל מקום להגיש ערעור זה.

"זה לא מכבר ניתנה הזדמנות נוספת לשופטי בית-משפט זה להבהיר את אמת המבחן העומדת מאחורי סעיף 84 הנ"ל ב-ע"א 390/80 תעש מור בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד לז(1) 449. הנשיא שמגר קבע בעמ' 453, כי המבחן הוא כלהלן:

4. ב-"עסקת קומבינציה" בה בעל המגרש משאיר לעצמו חלקים בלתי-מסויימים במגרש באופן יחסי לתמורה שהוא עומד לקבל בצורת דירה בבניין החדש, לעומת ערכן של כל הדירות בבניין, יש לבעל המקרקעין הפטור לפי סעיף 49(א) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה).

ע"א 265/69 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אהרון מרגלית ואח', פ"ד לד(4) 701.

על-שם המערערות. הקבלן התחייב לבנות שתי דירות עבור המערערות, ובנוסף על כך לשלם להן את התמורה שתקבל ממכירת דירה נוספת בבניין. שני הצדדים להסכם מסרו יפויי-כוח בלתי-יחוזרים לעורכי-דין לשם טיפול ברישום הבניין כבית משותף ורישום הדירות על-שם רוכשיהן, כולל רישום שתי הדירות של המערערות על-שמן או לפקודתן.

בית-המשפט הדגיש כי:

"חוק מס שבח הוא חוק פסקלי שבו חרג המחוקק ממסגרת הקטגוריות של דיני הקניין הפורמליים, וחתר לתפיסת התוכן הכלכלי של עסקות. הוא עשה כן באשר לחיוב במס, על יסוד הגדרת המונח 'מכירת זכות במקרקעין' בסעיף 1 של החוק, המתפשטת הרחק מעבר למשמעותו הרגילה בדיני הקניין. על אותה דרך יש לפרש גם את הוראת הפטור שבסעיף 49(א). הדבר עולה מלשון ההוראה הזאת עצמה, כאשר קוראים אותה במלואה: לא מדובר שם רק ב-'מכירת כל הזכויות במקרקעין שיש ליחיד', אלא הדגש הוא על מכירת כל זכויותיו בדירת היחיד שלו. כדי לגלות את כוונת המחוקק מתוך לשון סעיף 49 והחוק כולו יש לפרשו בלשון בני-אדם ולזכור את המטרה שלשמה הוחקה אותה הוראה, והיא לאפשר לאדם להחליף את דירת המגורים שלו בדירה אחרת שבה ישקיע את תמורת דירתו הישנה, בלי שעסקה כזאת תיתפס כאירוע של עשיית רווח הוני... המערערות דגן השקיעו את כל זכויותיהן בדירת היחיד שלהן בעסקה עם הקבלן, כדי להשיג לעצמן דירות חדשות תחתן. אין לך אובדן יותר מוחלט של הזכויות בדירות הישנות בתוך דירות מאשר הריסתן. לאותם אחוזים בבעלות המשותפת במגרש שנשמרו למערערות, אין כל קשר לדירות שנהרסו אלא הם נשמרו להן למטרה אחרת, לצורך שמירת זכותן לחלקים בקרקע שיוצמדו לבסוף, אחרי רישום הבית כבית משותף, לדירותיהן. אין לחלקים אלה בקרקע כל תוכן כלכלי בפני עצמו, כאילו השאיר בעל הדירה, המוכר, עדיין זכות עומדת בפני עצמה בידי בנוסף על זכותו לקבל דירה בבניין החדש. אכן, להשאת החלקים בקרקע בידי המוכרות נודעת חשיבות גם לצורך החישוב של שווי התמורה שהקבלן שילם להן. אבל יתרון פסקלי זה אינו מוסיף ואינו גורע לגבי השאלה אם בעל דירת היחיד מכר את כל הזכויות בדירה...

ועדת הערר נתפסה מיוזמתה לטעם אחר שהיה כנראה מספיק בעיניה לקבלת עמדתו של מנהל המס, והוא אם היתה כאן בכלל מכירה של המגרש מאת המערערות

פלוגי, בעל מגרש שעליו עומד בניין ובו דירה שבה הוא גר בתור "דירת יחיד" שלו, עושה הסכם עם קבלן, שלפיו רוכש הקבלן את המגרש ואת הבניין ביחד עם אפשרויות לבנות על המגרש, על-מנת שהבניין יהרס והקבלן יבנה על המגרש בניין יותר גדול, בהתאם לפוטנציאל הבניה הטמון בו, ושהמוכר יקבל דירה (או דירות) בבניין שיוקם, עם או בלי הוספת תשלום במזומן. בעסקה מסוג זה מקובל הוא שבעל המגרש משאיר לעצמו חלקים בלתי-מסויימים במגרש, באופן יחסי לתמורה שהוא עומד לקבל בצורת דירה בבניין החדש, לעומת ערכן של כל הדירה בבניין. הסדר זה מקובל לקראת שלב המעבר, שבו עדיין משותפת הבעלות במגרש ובבניין למוכר ולקבלן המקיים את הבניין, ובמיוחד לקראת השלב הסופי, שבו הופך הבניין לבית משותף והדירה (או הדירות), שנועדה למוכר המגרש, נרשמת בשמו או לפי פקודתו, והחלקים בבעלות המשותפת, שהוא השאיר לעצמו, יהיו לבסוף מקבילים לחלקים ברכוש המשותף הצמודים לדירתו. האם בנסיבות אלה יש לראות את מכירת הדירה הישנה של בעל המגרש כמכירה של "דירת יחיד" לפי סעיף 49(א) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963, אשר העניק, בזמן החשוב לערעור, פטור ממס שבח (אם שווי המכירה לא עלה על סכום קבוע) ב"מכירת כל הזכויות במקרקעין שיש ליחיד בדירת היחיד שלו? (לאחרונה בוטלה הוראה זו ובמקומה בא פרק חדש בחוק (פרק חמישי 1) על "פטור לדירת מגורים", כך שלבעיה המתעוררת כאן יש כיום חשיבות רק לגבי מקרים הנדונים עדיין לפי החוק בנוסחו הקודם).

במקרה שנדון ב-ע"א 329/79 מנהל מס שבח מקרקעין נ' בן עמי ואח', פ"ד לד(4) 701 היו שתי דירות בבניין הקיים. בדירה אחת החזיקה המערערת הראשונה ביחד עם בעלה המנוח למגוריהם, בתור חוכרים לדורות, ואחרי פטירת בעלה ירשה ממנו גם את המחצית שלו. המערערת השניה היא בתם של בני-הזוג והחזיקה בדירה השניה שבבית למגוריה, עוד בחיי אביה, ועתה הדירה כולה ברשותה. ההסכם עם הקבלן נעשה על-ידי המערערת באישור בית-המשפט, ולפיו נמסרה החזקה במגרש לקבלן, מיד עם חתימת ההסכם, והקבלן הורשה להרוס את הבניין על שתי דירותיו. ההסכם קובע, ש-49/63 חלקים בזכויות החכירה של המגרש יועברו לקבלן אחרי אישור ההסכם על-ידי בית-המשפט ועל-ידי מינהל מקרקעי ישראל, וזכויות החכירה ב-14/63 חלקים יוסיפו להיות רשומות

שהפטור לא יינתן כאשר, כפי שנעשה במקרה דנן, הדירה בשלומתה חדלה להיות דירת יחיד, אלא שבעקב מבנה ההסכם, כלומר דירה תמורת מגרש, הושארו 25% בבעלותו של בעל המגרש. הכוונה בביטוי 'כל הזכויות' היא כי כל הזכויות שיש בדירת היחיד יימכרו, כלומר לא תיוותר עוד למוכר כל זכות לנכס כדירת היחיד שלו... אם נמכרה הדירה והיא חדלה להיות דירה הרי עם זאת נמכרו כל הזכויות בדירת היחיד.

זאת גם דעתי. אבל ישנה פסקה בסוף החלטתה של הוועדה בעניין זה, כי כה היא אומרת שם:

'היוצא מהאמור הוא, לפיכך, כי הפטור ניתן רק לגבי 75% מהשווי של דירת היחיד כי רק 75% הנכס כולל הקרקע עליו דירת היחיד נמכרו.'

צורת הישוב זו אינה ברורה לי, כי מצד אחד צריך הפטור להינתן לא לגבי 75% מהשווי של דירת היחיד אלא לגבי שוויה כולו (כפוף לתקרה הקבועה בסעיף 49(א)), ומצד שני צריך לעשות את החישוב שעליו מורה סעיף 49(ה), של ערך דירת היחיד כולו כנגד ערכן של אפשרויות הבניה הנוספות. נראה לי שלצורך זה יש להחזיר את הדין למנהל מס שבח מקרקעין, על-מנת שיערוך שומה חדשה בהתאם לאמור לעיל."

לקבלן, כי לפי מבנה החוזה היתה הזכות הקניינית עדיין במלואה בידי המערערות שעה שנהרס הבניין. אך אין ממש בטעם זה, כי גם אם אותה שעה עדיין לא בוצעה העברת זכות החכירה לקבלן, הרי הורה החוזה שהעברה זו לקבלן (פרט לאותם חלקים שהמערערות הותירו לעצמן), תבוצע לאחר-מכן, אחרי אישור החוזה על-ידי בית-המשפט והמינהל.

מסקנתי היא איפוא שיש לקבל את הערעור ב"ע"א 329/79 הנ"ל ולקבוע שהמערערות זכאיות לפטור לפי סעיף 49(א).

מבנה העסקה שנעשתה במקרה שנדון ב"ע"א 265/79, דומה לזה שבערעור הראשון. כאן מכרו המשיבים הראשונים (להלן: המשיבים) מגרש למשיבים האחרים (להלן: הקבלן). על המגרש עמד בניין של דירה אחת והוסכם שהקבלן יהרוס את הבניין וימציא למשיבים דירה אחת וישלם להם סכום של 240,000 ל"י במוזמנים. כאן נשארו בידי המשיבים 25% של הבעלות במגרש.

"ממה שאמרתי לעיל בקשר לערעור הראשון נובע שבערעור הזה נראית לי דעתה של ועדת הערר. אצטט מהחלטתה:

'...אין ללמוד מהביטוי 'כל הזכויות' (בסעיף 49(א))

5. חבות במס בעסקה בה נמכר חלק ממגרש, תמורת מבנה שייבנה על החלק האחר, ובעסקה בה נמכר המגרש כולו תמורת בעלות בבניין שייבנה על חלק מן המגרש.

ע"א 552/82 אברהם אופיר נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מב(3) 508.

בידי בעל המגרש. על עסקה כזו יוטלו מס שבח ומס רכישה פעם אחת בלבד.

מושא המיסוי יהיה רק החלק מהמגרש שנמכר לקבלן. המוכר יחוייב במס שבח על מכירת חלק זה, והקבלן יחוייב במס רכישה לפי תקנות מס שבח מקרקעין (מס רכישה), התשל"ה-1974, על רכישת החלק האמור. שווי המכר, המשמש בסיס המיסוי, יהא הערכה של השווי וההוצאות על בניית המבנה המובטח כתמורה לחלקה, כולל חישובו של רווח קבלני סביר. לחלופין, יכול מנהל מס שבח לאמוד את שווי השוק של חלקת הקרקע. העסקה השניה - אינה מוכרת לצורך שאלת המיסוי כעסקת קומבינציה אחת. זו עסקה דומה, לפיה מעביר בעל המגרש את הבעלות במגרש לקבלן תמורת בעלות בבניין שייבנה על חלק מן המגרש. בעסקה זו מועברת הבעלות בקרקע כולה, ב-100% משטחה.

לצורך המס מתייחסים אל עסקה זו כאילו נערכות שתי עסקאות: עסקה אחת - לפיה מוכר בעל המגרש את הקרקע בשלמותה לקבלן, ועסקה שניה - לפיה הקבלן מוכר לבעל המגרש את חלק המגרש בתוספת המבנה שייבנה עליו.

המערער הינו הבעלים של חלקה מסויימת מאז שנת 1947 והוא התקשר עם חברה קבלנית בחוזה, לפיו יעביר המערער לחברה את החלקה תמורת התחייבות החברה לבניית קוטג' על חלק מן החלקה. מנוסח החוזה ברור היה כי כוונת הצדדים היא להעברת החלקה בשלמותה לחברה. הצדדים הגישו הצהרה לשלטונות המס על העסקה, וזאת עוד בטרם נתקבל היתר בניה ובטרם בוצעה העברת הקרקע על-שם החברה. בהצהרה הנ"ל דווח על מכירת החלקה בשלמותה.

הערעור בבית-המשפט העליון התמקד בשאלת מיסויה של עסקה בין בעל קרקע לבין קבלן בניין, כשבתמורה להעברת הקרקע לבעלות הקבלן מתחייב זה האחרון בבניית בית בודד לבעל הקרקע על חלק מן המגרש.

בית-המשפט ציין כי קיימת הבחנה בין שני סוגי עסקאות. האחת - עסקה המוכרת כעסקת קומבינציה (להלן: "עסקה המוכרת") והאחרת - עסקה בלתי-מוכרת כעסקת קומבינציה (להלן: "העסקה הבלתי-מוכרת").

העסקה המוכרת היא זו שבה נמכר חלק מן המגרש, ותמורת המכר הוא מבנה, שייבנה על החלק האחר, הנותר

במכירה המאוחרת, יהיה השווי במועד המקורי של החלקה על-ידי בעל הקרקע.
בעסקה השנייה, שווי הרכישה לצורך חישוב השבחה בעסקה המאוחרת יהיה השווי במועד רכישת החלקה בחזרה מהקבלן.
בהמשך בחן בית-המשפט את השאלה באם היתה הצדקה לכך שהמשיב לא הכיר בתוקפו של השינוי שנעשה בחווה כפי שצויין לעיל, או שרשאי היה להתעלם ממנו.
נאמר, כי אפילו היה המניע בעריכת החווה השני הרצון להקטין את נטל המס, אין זה מעלה או מוריד, ובלבד שהחווה, כפי ששונה, שיקף בצורה נכונה את ההתקשרות האמיתית בין הצדדים.
"משהוכנס תיקון בחווה האמור, אשר שיקף את רצונם החופשי של שני הצדדים, ומשבוצעה לאחר-מכן העברת חלק מהחלקה בלבד אל הקבלן על-פי הנאמר בחווה המתוקן, ומשנמנע פקיד השומה מלקבוע כי העסקה, כפי שתוקנה, הינה בעיניו מלאכותית או בדויה וכי הוא מחליט איפוא להתעלם ממנה, הרי שנובע מכל אלה, כי חובה היתה על המשיב להתאים את שומתו למצב החדש שנוצר עקב תיקון החווה."

על-פי העסקה האחת, מחוייב המוכר במס שבח במכירת המגרש כולו, והקבלן במס רכישה על רכישת המגרש כולו. על-פי העסקה השנייה, החוזרת, מחוייב המוכר במס על רכישת החלק מן המגרש שעליו המבנה - כן מחוייב הקבלן במס על השבח במכירת החלק האמור. הבסיס לחישוב המס, במקרה זה, הוא שווי החלקה שעליה המבנה ושווי של המבנה, כבחלק הראשון של העסקה.
מכאן, שהמוכר חלק מן המגרש לקבלן אינו חייב במס רכישה על המבנה שרכש, כי לא רכש שום זכות במקרקעין.
המוכר את המגרש כולו תמורת מבנה שייבנה על חלקו, עורך שתי עסקאות נפרדות - אחת בה הוא מוכר את כל המגרש והשנייה בה הוא רוכש זכות במקרקעין בחלק מהמגרש ואתו מבנה שנבנה עליו. מוכר כזה משלם מס רכישה על רכישת המבנה, משום שרכש גם זכות במקרקעין.
עוד נאמר, כי להבחנה בין שתי הדרכים להתקשרות בעסקה מסוג זה הברדל מעשי נוסף, הבא לידי ביטוי בהערכת השבח במכירה נוספת על-ידי בעל המגרש של המבנה שנבנה בעבורו לצד ג'.
בעסקה הראשונה, שווי הרכישה לצורך חישוב השבח

6. עסקת קומבינציה בין חברת מקרקעין לחברת בניין. האם חייבת חברת המקרקעין להשתתף בתשלום שכר-טרחתו של כונס נכסים אשר מונה לחברת הבניה?

ע"א 730,647/82 א' ממון ואח' נ' מוהר, כונס נכסים של בנייני קמל יהושע ושות' חברה לבניין בע"מ, פ"ד לז(4) 235.

של המשיב.
ב. טענות בדבר אופן פעולת כונס נכסים בכל הנוגע לתחומים לגביהם הוא מבקש שכר-טרחה, הן רלוואנטיות בשלב בו קובעים שיעורו של שכר-הטרחה.

נקבע כי:
א. במקרה דנן יש לדון לגופו של עניין בשאלה, אם חברת המקרקעין צריכה להשתתף בתשלום שכר-טרחתו

7. מחיר העסקה לצורך חישוב מס ערך מוסף צריך להיות ערך הקרקע ליום מסירתה לקבלן, וזהו המועד בו התגבש החיוב לשלם את המס.

ע"א 108/82 "ניכנ", חברה לבניין ולהשקעות בע"מ נ' המנהל לעניין חוק מס ערך מוסף, פ"ד לט(1) 772.

בית-המשפט הזכיר, לשם השוואה, כי סעיף 1 לחוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963, מגדיר את המונח "שווי של זכות פלוגית" ואמר כי יש שוני בין האמור בסעיף 10 לחוק הדן במס ערך מוסף לבין האמור בסעיף 1 לחוק הדן במס שבח, ולכאורה ניתן היה לשאול, מדוע בנושאים כה קרובים צריכות להיות שתי הגדרות שונות.

"אך כפי שעוד נראה, השוני הלשוני אמנם יכול להכביד, אך אין בו בהכרח כדי להצביע על החובה להגיע למסקנה המבחינה בין המשמעויות המעשיות.

5. המסקנה, העולה מנוסחו של סעיף 10 ומיישומו לנסיבותיו של המקרה שלפנינו, היא, כי יש לפנות בראש ובראשונה אל המחיר, שהיה משתלם בעד העסקה בתנאים רגילים. המחיר במקרה דנן הוא שווי הקרקע המועברת לקבלן במסגרת העסקה. כזכור, מדובר על עסקת חליפין, אשר במסגרתה רק הועבר חלק מן החלקות, וניתן ליישם כאן את העיקרון, שאומץ ב-ע"א 487/77, 503 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אחים ברקאי, פ"ד לב(2) 121 הנ"ל, לפיו יתייחסו רשויות המס רק לאותו חלק מן הקרקע שנמכר (ולא לאותו חלק מן הקרקע שבעלותו הושארה בידי המוכרים כדי שיבנו עליו דירותיהם).

כאמור, ניתן להתבסס על החלופה הראשונה אשר בסעיף 10 לחוק: כפי שגם טוען בצדק פרופ' הדרי במאמרו הנ"ל, תנאים רגילים בעסקת חליפין של קרקע תמורת דירות פירושם חיוב בתשלום עבור ערך קרקע, כאשר שיעורו של התשלום מחושב לפי המחיר של אותו חלק מן החלקות, אשר עבורו היו משלמים בכסף מזומן, אלמלא התשלום על-ידי בניית דירות. אין על-כן צורך לפנות אל החלופה שבסיפא אשר בסעיף 10.

אין ספק, שדרך חישוב כאמור תואמת את האמור בסעיף 10 מבחינת הצגת החלופות, ויחד עם זאת היא גם פשוטה יותר לחישוב, שהרי אינה כרוכה בציפיה לגמר הבניה כמו החלופה האחרת, הבנויה על העלות והיא גם מביאה לאחידות בחישוב לגבי כל הצדדים לאותה עסקת חליפין. בית-המשפט קמא הגיע לתוצאה וזה בדרך עקיפה, כי הוא פנה תחילה אל עלות הבניה בלויית הרווח הקבלני, אך לבסוף ציין, כי סכום זה יהיה שווה ערך לשווי הקרקע המהווה את התמורה עבור הדירות.

משמע, הדרך שנבחרה כאן מבוססת על גישה ישירה, השונה מזו בה הגיע בית-המשפט קמא למסקנתו, אך התוצאה הסופית אינה שונה מזו, אשר אליה הגיע בית-המשפט המחוזי.

6. השאלה השניה היא, כאמור לעיל, מהו מועד החיוב. החלופות האפשריות, שביניהן יש להכריע, הן לכאורה אחת מאלו:

הנושא, עליו סבה המחלוקת, הוא קביעותיו של בית-המשפט המחוזי בעניין מס הערך המוסף, שחל על עסקת קומבינציה במקרקעין, שנערכה בין המערערת (חברה קבלנית לבניין) לבין בעלי החלקות. אלה האחרונים קיבלו דירות תמורת החלקות.

השאלות הספציפיות, שנדונו בערכאה הראשונה ואשר עולות מחדש בערעור, הן:

(א) מהו הסכום, שעליו משתלם המס, היינו: מהו מחיר העסקה ומה הדרך להעריכו לצורכי מס ערך מוסף.

(ב) מהו המועד בו קם החיוב במס ערך מוסף.

לאור הנתונים שהובאו, היו עיקריה של העסקה כדלהלן: החזקה במקרקעין הועברה למערערת, אך המוכרים שמרו לעצמם את הבעלות בחלק מן המקרקעין - כשיעור הדירות שהובטחו להם תמורתם והרכוש הצמוד אליהן; הווה אומר, הקבלן קיבל חלק מן הקרקע ותמורתו התחייב לבנות דירות על חלק הקרקע שנשאר בבעלות המוכרים. משמע, מדובר על עסקת חליפין של קרקע תמורת בניית דירות.

סעיף 7 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, קובע, כי מחירה של עסקה הוא התמורה שהוסכם עליה, אולם נקבע, שהעסקה דנן נשלטת על-ידי הוראותיו של סעיף 10 לחוק, אשר דן, בין היתר, בתמורה שאיננה בכסף ואשר לפיו:

"במקרים מיוחדים

10. עסקה שמחירה מושפע מיחסים מיוחדים בין הצדדים, או שלא נקבע לה מחיר, או שתמורתה כולה או מקצתה איננה בכסף, יהא מחירה המחיר שהיה משתלם בעדה בתנאים רגילים; לא ניתן לקבוע את המחיר בדרך זו, יהא מחירה עלות הנכס או השירות בתוספת הרווח המקובל באותו ענף."

מהוראותיו של סעיף 10 עולות איפוא שתי חלופות לקביעת המחיר בעסקת חליפין:

(א) המחיר, שהיה משתלם בתנאים רגילים, או אם לא ניתן לקבוע את המחיר בדרך זו,

(ב) מחיר עלות הנכס בתוספת הרווח המקובל באותו ענף. החלופה הראשונה מיוסדת על הערכה היפותטית של מחיר העסקה בתנאים רגילים, בו בזמן שהחלופה השניה מתייחסת אל עלות הנכס - הלכה למעשה - בעסקה הקונקרטית, אשר בה דנים.

זאת ועוד; החלופה השניה חלה, רק אם לא ניתן ליישם את החלופה הראשונה; הווה אומר, אין מדובר בבחירה בין שתי אפשרויות פתוחות, אלא בסדר קדימה הקבוע בחוק, כאשר החלופה השניה ישימה רק בהעדר אפשרות ליישם את הראשונה.

בהקשר זה עולה השאלה, אם המחיר שווה משמעות לשווי של הנכס שהועבר או לתמורה שניתנה עבורו.

עסקה, בה מועברים מזומנים מיד ליד. זאת ועוד, לצורך העניין שלפנינו יש גם מלוא ההצדקה וההיגיון ביישום של הוראותיו של סעיף 129(1). מכאן, כי מחיר העסקה לצורך חישוב מס ערך מסוף צריך להיות ערך הקרקע ליום מסירתה לקבלן, וזהו המועד, בו התגבש חיובה לשלם את המס. הערעור נדחה.

(א) יום עריכת ההסכם;
(ב) יום מסירת הקרקע לקבלן;
(ג) מועד הטלת המס.
בית-המשפט המחוזי בחר במועד מסירת הקרקע, בהסתמכו לעניין הכרעתו האמורה על האמור בסעיפים 28 ו-129(1) לחוק.
7. ניתן ללמוד מדבר המחוקק, כי נתכוון להשוות, ככל האפשר, בין עסקת חליפין בה ניתנת תמורה בעין, לבין

8. בעל קרקע שהתקשר עם קבלן בעסקת קומבינציה, לפיה יהא זכאי לקבל דירה בבניין שיוקם, זכאי - אם הקבלן לא עמד בהתחייבויותיו ולא הקים הבניין - לסעד הצהרתי בדבר בטלות ההסכם ביניהם.

ע"א 192/80 מיכאל גזנסקי ואח' נ' "מוגשם" חברה למפעלי בניין בע"מ, פ"ד לו(3) 533.

הוא, לטענתם, עדות לכך, כי המשיבה הסתלקה מהתחייבותה על-פי ההסכם.
(ב) לחלופין, גם אם יגיע בית-המשפט למסקנה, כי לא די בחלוף התקופה כדי לקבוע, שהמשיבה הסתלקה מהתחייבותה על-פי ההסכם, זכאים הם להצהרה המבוקשת, כיוון שאין למשיב כל סיכוי לבנות את הבניין ולמסור את הדירה, כיוון שהוכחו העובדות הבאות:
(1) אחד מהמגרשים הסמוכים נמכר לאדם אחר.
(2) הדייר שבבית הקיים לא פונה.
(3) היתר הבניה לא נתקבל, ואין כל אפשרות לקבלו.
(4) מנהלה של המשיבה ירד מהארץ, ולכן אין המשיבה מנהלת עסקים בארץ.
בית-המשפט קמא דחה את בקשת המערערים על שני נימוקיה, ועל כך הערעור.
בית-המשפט בערעור קיבל את הערעור ונתן את ההצהרה המבוקשת, כי לפי הדין שקדם לתחילתו של חוק החוזים (חלק כללי), ואשר אינו שונה במהותו מן האמור בסעיף 41 לחוק הנ"ל, מקום שלא הוסכם על מועד קיומו של חיוב, יקויים החיוב תוך זמן סביר לאחר עריכת החוזה.
מידתו של פרק הזמן הסביר לביצוע עסקה פלונית נקבעת על-ידי בית-המשפט על יסוד הראיות, שהובאו לפניו על-ידי הצדדים. במילים אחרות, הצדדים יכולים לבקש ולשכנע את בית-המשפט, כי בנסיבות נתונות, כמוכח מן הראיות ועל-פי הקשרו של העניין, זמן פלוני הוא עדיין סביר, אך לא כן זמן אלמוני. גם במקרה דנן ניסה כל אחד מן הצדדים להציע מידת זמן, שהיא סבירה לביצוע עסקה כגון זו שנדונה.
נקבע כי בקביעת פרק הזמן הסביר לביצוע העסקה, ניתן לאמץ את מסקנתו של בית-משפט קמא, כי המשיבה חרגה מן התקופה, בתוכה אמורה היתה למלא את חיוביה.
עוד נקבע, כי אם סבירותו של הזמן שחלף נמדדת לפי הערכת טיבם של המאמצים של הצד השני לחוזה, אין מנוס

המערערים הם הבעלים של מגרש. המשיבה היא חברה לבניין. בתאריך בלתי-ידוע, בתחילת שנת 1971 (היינו, עוד לפני תחילתו של חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973), נכרת חוזה בין הצדדים, לפיו התחייבו המערערים למכור את המגרש למשיבה. כוונת המשיבה היתה להקים על המגרש בניין, אשר נועד לשמש בית מגורים משותף. בתמורה למגרש שילמה המשיבה למערערים סך של 40,000 ל"י, במועדים שנקבעו לכך בחוזה, ובנוסף לכך התחייבה למסור לבעלות המערערים דירה בת שלושה חדרים בבית המשותף, אשר עתיד היה להיבנות במגרש האמור. אך בעוד שהצדדים פירטו בחוזה את המועדים לתשלום המזומנים, לא נקבע בחוזה המועד אשר בו אמורה המשיבה למסור למערערים את הדירה.
עיקרו של דבר הוא, שבניין כנ"ל לא הוקם על המגרש. הצדדים לא נקבו בחוזה מועד של מסירת הדירה למערערים, מאחר שהקמתו של הבניין היתה מותנית בהתגברות על שני מכשולים, שעמדו בדרכה של המשיבה, ואשר עשויים היו לגזול זמן, שקשה לאמוד שיעורו מראש. לאחר כריתת החוזה, ובעקבות השתהותה של תחילה הבניה על המגרש, נערכה חליפת מכתבים בין המערערים לבין המשיבה.
מטעם המשיבה הוגש תצהיר, אשר פירט את הפעולות שבוצעו במגמה להקים את הבית המשותף.
המערערים הביאו שני נימוקים חלופיים לקבל הסעד המבוקש:
(א) המשיבה הפרה את החוזה, משלא מסרה להם את הדירה במועד. באין קביעה של מועד לביצוע החוזה, יש לבצעו, לטענת המערערים, תוך זמן סביר. תשע השנים שחלפו מאז עריכת החוזה הן, לטענתם, פרק זמן החורג מעל ומעבר לפרק הזמן הסביר, הנדרש לביצוע עסקה כגון זו, ועל-כן זכאים הם לביטול החוזה. פרק הזמן הארוך שחלף, מבלי שהמשיבה עשתה צעד מעשי לביצוע החוזה,

מסובכת, צריכה היתה המשיבה לפעול בהתמדה במטה להקים את הבית המשותף ולמסור דירה למערערים, כפי שהוסכם בחוזה. במקום זאת הפסיקה המשיבה את מאמציה, כאשר מנהלה ומנהלת עסקיה שוהים בחוץ-לארץ למשך תקופה ארוכה, ואין איש יודע אם יחזרו לארץ, ואם כן מתי...

התמונה המצטיירת היא, כי אין גורם מוסמך של המשיבה, הניתן לזיהוי, אשר מטפל בעניין בצורה כלשהי, בין נמרצת ובין כושלת...

בנסיבות אלה זכאים המערערים לבטל את החוזה.

כמו־כן נקבע, כי הפרת החוזה על-ידי המשיבה היתה הפרה היורדת לשורשו של החוזה.

נקבע כי בנסיבות אלו המערערים היו זכאים להצהרה על בטלות החוזה, מבלי שתהיה עליהם החוזה להמתין פרק זמן נוסף.

המשיבה טענה, כי אם בית-המשפט יחליט, שאכן זכאים המערערים לבטל את החוזה, יש להתנות זאת בכך ששייבו לה את התשלומים, ששילמה למערערים על-פי האמור בחוזה.

נקבע כי הדיון דנן התנהל על יסוד המרצת פתיחה, בה נתבקשה הצהרה בעניין תוקפו של החוזה, שעליו נסב הערעור. הדיון בבקשת ההשבה של מה ששולם על-ידי המשיבה, מן הראוי שיתברר בעקבות פסק-דין זה בהליכים נפרדים, וזאת לא רק בשל הצורך לנקוט סדרי דין מתאימים, אלא מאחר, שמול תביעת ההשבה, גם הועלתה תביעת המערערים לפיצויים בשל הפרת חוזה, ונכון יהיה, אם שני הנושאים הנ"ל יידונו במשולב. הערעור נתקבל.

מהמסקנה, שהמשיבה חרגה מהזמן הסביר למילוי חיוביה. "זאת ועוד, גם אם העדר האישור של ועדת התכנון והבניה הוא המכשול היחיד העומד לפני המשך העבודות, אין בכך כדי לתמוך בגרסת המשיבה. אישורה של ועדת התכנון והבניה לתוכנית המשיבה לא היה בכחינת תנאי מתלה בחוזה. אין המדובר כאן בתנאי לשכלולו של החוזה אלא בתנאי הקשור לביצועו..."

מחומר הראיות עולה, שהמשיבה לא נהגה בוריזות ראויה במילוי חיוביה. גם לו היתה עושה כל שביכולתה לעמוד בהתחייבויותיה, אך מטעמים שאינם תלויים בה לא יכלה להקים את הבניין במועדו, הרי לא היה בכך בהכרח כדי לרפא את הפגם שבחלופי פרק הזמן הסביר לביצוע החוזה...

משחלף זמן סביר, והמשיבה לא עמדה בחיוביה, היה מקום לראות בכך הפרה של ההסכם.

המשיבה טענה, כי גם אם הוכח שחלף המועד לביצוע החוזה, אין המערערים זכאים לבטלו, שכן לא הוכחה כוונתם להסתלק מהחוזה. בית-המשפט לא קיבל טענה זו. נאמר כי על-פי הדין, שקדם לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ואשר על פיו יש לדון בעניין דנן, זכאי היה הצד הנפגע לבטל את החוזה בשל הפרה, כאשר הוכח, כי התנהגות המפר כמוה כהסתלקות מהחוזה.

"האם ניתן לראות בהתנהגות המשיבה במקרה שלפנינו הסתלקות מהחוזה? התשובה לכך מן הנכון שתהיה חיובית. העובדה, שמאז שנת 1975 חלה הקפאה במאמצי המשיבה לעמוד בהתחייבויותיה, מגלה את כוונתה שלא לבצע את חלקה בעסקה. דווקא משום כך שמדובר בעסקה

9. ביטול עסקת קומבינציה. בקשת בעלי הקרקע למחיקת הערות אזהרה שנרשמו לטובת רוכשי דירות.

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

לפירוט פסק-הדין ראה שער א', פרק א' לעיל.

10. הסכם קומבינציה - בקשה למתן סעד הצהרתי בדבר בטלות ההסכם ומחיקת הערות אזהרה שנרשמו לטובת רוכשי דירות.

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

לניתוח פסק-הדין ראה שער א', פרקים ב' ו-ג' לעיל.

11. הערת אזהרה לזכות מי שקנה דירה מקבלן שהתקשר בהסכם קומבינציה. השפעת ביטול ההסכם על תקפה של הערת האזהרה. כוחה של הערת אזהרה פועל כלפי כולי עלמא, ובכלל זה הבעלים עצמם.

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

לניתוח פסק-הדין ראה שער א', פרק ג' לעיל.

12. תוקפה של הערת אזהרה שנרשמה לטובת קונה דירה בעסקת קומבינציה.

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

לניתוח פסק-הדין ראה שער א', פרקים א' ו-ב' לעיל.

13. התניה על תוקפה של הערת אזהרה - קשר משפטי ישיר בין בעל מקרקעין לבין רוכשי דירות בעסקת קומבינציה.

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

הקומבינציה והובהר לו שזכויות המוכרים (החברה הקבלנית) במגרש נובעות ותלויות בהסכם זה. בית-המשפט בחן את השאלה באם במקרה דנן קיימת התניה מפורשת על תוקפן או היקפן של הערות האזהרה שנרשמו לטובת רוכשי הדירות וזאת לאור ההלכה שנקבעה ב-ע"א 205/83, חובני נ' דיקלה, חברה לבניין והשקעות בע"מ, פ"ד מא(3) 96.

נקבע כי בנסיבות העניין התשובה לשאלה הינה שלילית; כלומר, לא קיימת קביעה מפורשת לפיה יימחקו הערות האזהרה אם וכאשר יתבטל ההסכם הקומבינציה. המערערים הסדירו מפורשות את עניין רישום הערות והתניתו בקצב התקדמות הבניה אך לא היתה כל קביעה מפורשת לגבי אפשרות מחיקתן מסיבה כלשהי, קביעה אשר נחוצה כדי להעמיד את רוכשי הדירות על הצורך לדרוש בטוחות אחרות מן הקבלן.

המערערים הינם הבעלים הרשומים של נכס מקרקעין. בינם לבין המשיבה הראשונה נעשה הסכם קומבינציה. המשיבה הפרה את התחייבויותיה על-פי ההסכם זה הן כלפי המערערים והן כלפי רוכשי הדירות והמערערים ביטלו את ההסכם. לאחר-מכן הגישו לבית-המשפט בקשה לקבלת פסק-דין הצהרתי בדבר בטלות ההסכם ומחיקת כל הערות האזהרה שנרשמו מכוחו.

יצוין כי בהסכם הקומבינציה התייחסו הצדדים לשאלת הערות האזהרה ונקבע כי המוכרים (הבעלים) יתנו הסכמה לרישום הערת אזהרה לזכות רוכשי דירות ולזכות בנקים אשר ילוו כספים לרוכשי דירות בתנאים מסויימים אשר פורטו.

בין היתר נקבע כי תנאי מוקדם לרישום הוא שבכל ההסכם עם רוכשי דירות יכתב סעיף לפיו הרוכש מצהיר ומאשר כי עובר לחתימתו על ההסכם הוצג בפניו ההסכם

לניתוח נוסף של פסק-הדין ראה שער א', פרק ב' לעיל.

14. עסקת קומבינציה - רישום הערות אזהרה לטובת הקונים ובקשת בעל המקרקעין למחיקתן.

ע"א 3382/92 + 3380 ששון פרג' נ' עובדיה דוד ואח', תקציר פסק-דין מה 313.

בערעור צויין כי המערער חרג מגבולות הזמן הקבועים להליכי הגשת הערעור והסיכומים ודי היה בכך כדי לדחות את הערעור. אולם בנסיבות המקרה דן בית-המשפט בערעור לפנים משורת הדין (פטירת פרקליט המערער). בהתייחס לתקפן של הערות האזהרה לטובת הקונים ציין בית-המשפט כי אין לראות בפניית המשיבים למערער לצורך הרישום המוקדם של הערות האזהרה, ויתור מצדם על הזכות לרישומן של הערות האזהרה מכוח ההתחייבות הנובעת מהסכם הקומבינציה. בית-המשפט חזר והדגיש כי התחייבותו החוזית של בעל המקרקעין כלפי הקבלן לרשום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות מקימה קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות.

"אכן, בצד קביעת המחוייבות האישית שיש לבעל הקרקע כלפי הקונים בעסקת קומבינציה, יכול בעל המקרקעין להגביל את היקף תוקפה של ההתחייבות ותקפן של הערות האזהרה. כאן סייג המערער את חיוביו והיתנה את רישומן של הערות האזהרה בשלבי התקדמות מסויימים בבניה, אלא, שתנאים אלה, אם כי לא התקיימו כאשר הקונים רכשו את הדירות וביקשו את הקדמת רישום הערת האזהרה, התקיימו בהמשך הזמן, ומאותו רגע שהתנאים התקיימו, הופך רישום הערות האזהרה לרישום מכוח אותם תנאים והתחייבות הקונים בתנאים לרישום המוקדם מתבטלת."
הערעורים נדחו.

המערער, שהינו בעל מקרקעין, התקשר בעסקת קומבינציה עם החברה המשיבה הרביעית. לפי החוזה הוענק יפוי-כוח בלתי-חוזר לפרקליט החברה לרשום הערות אזהרה לטובת קונים, כפוף לקצב התקדמות הבניה. הערת אזהרה אחת לאחר יציקת המקלט והערת אזהרה נוספת לאחר השלמת אחד הגגות.

שני זוגות משיבים רכשו דירות מאת החברה, החוזים עמם נחתמו לפני שהתגבשו התנאים המאפשרים רישום הערות אזהרה לטובתם. לפיכך פנו הקונים אל המערער וזה הסכים לרשום הערות אזהרה לטובתם "לפנים משורת הדין". במקביל הצהירו הקונים בכתב כי אין הבעלים אחראי כלפיהם בשום התחייבות ואם העסקה בינו לבין החברה לא תצא לפועל או הבניין לא ייגמר הם יהיו אחראים גם לביטול הערות האזהרה שתורשמה לטובתם ולטובת הבנק. לשם השלמת הרכישה פנו הקונים לבנק והמערער חתם על התחייבות לרישום הערות אזהרה לטובת הבנק.

הבניה לא הושלמה והחברה נכנסה להליכי פירוק. בית-משפט השלום ציווה, לבקשת המערער, על סילוק-יד של החברה מהמקרקעין. המערער פנה לבית-המשפט המחוזי בתובענה לקבל פסק-דין הצהרתי כי הערות האזהרה שנרשמו לזכות הקונים והבנק בטלות ויש למחוקן. התביעה נדחתה ובית-המשפט ציין כי בינתיים הגיעו שלבי הבניה לאותם שלבים שהחברה רשאת היתה לרשום הערות אזהרה ללא הסכמת המערער.

15. חתימת אחד משני בעלי מקרקעין בשמו ובמקומו של הבעלים האחר - הפרת חוזה וחיוב הבעלים בפיצוי.

ע"א 1315/90, 1480 נעם רנן ואח' נ' מנחם אופיר ואח', פ"ד מח(2) 688.

בפיצוי בגין הפרה ובגין הוצאות השלמת הבניה. בית-המשפט קבע כי התחייבותם של המוכרים, בעלי המקרקעין, היא התחייבות שנעשתה "יחד ולחוד" ולפיכך כל אחד מהם חייב בקיום מלוא החיוב, כולו או מקצתו, ביחד או לחוד, וכל אחד מהם אחראי כלפי הנושה למלא את חיוביהם ולפצותו במידה וחיובים אלה לא קויימו. העובדה שהבעלים השני פנה לערכאות, בניסיון שנכשל, לבטל את ההסכם, אינה מרפאה את הפרת ההסכם על-ידו, אם יכשל ותביעתו תידחה. גם התחייבות הבעלים שחתם

אחד משני בעלי מקרקעין חתם בשמו ובשם הבעלים האחר על הסכם קומבינציה עם קבלן, אשר החל בביצוע ההסכם. הבעלים האחר שב ארצה ותבע לבטל את ההסכם, הואיל ולטענתו הוא נחתם בהריגה מיפוי-הכוח שנתן.

לאחר שתביעתו נדחתה, ולאחר שהקבלן נקלע לקשיים, ובעל המקרקעין שחתם על ההסכם השלים את הבניה לבדו, חייב בית-המשפט קמא רק את אחד הבעלים בתשלום פיצויים לקבלן על הפרת החוזה (בגין עיכוב ביצועו על-ידי הבעלים השני) ומאידך, חייב את הקבלן

ותביעתו נדחתה, מהווה הביטול שלא כדין הפרה. למרות שהבעלים שחתם על ההסכם, הסתייג מהגשת התביעה על-ידי הבעלים השני, אין הוא יכול להתנער מהתחייבותו כלפי הקבלן על-פי החוזה, וטענותיו טובות בהודעת צד ג' נגד הבעלים השני, אך לא בתביעת הקבלן נגדו. לפיכך, נקבע כי הקבלן זכאי לגבות את הפיצוי גם מהבעלים הראשון וגם מהבעלים השני, כאשר החיוב בפיצוי מוטל עליהם יחד ולחוד.

על ההסכם, אינה מוגבלת להפרה אחת בלבד, והיא נשענת על יסוד ההתחייבות ביחד ולחוד ועל אחריות וערבות אישית לביצוע הוראות ההסכם עבור המוכרים. משגרמה תביעת הבעלים השני לעיכוב בביצוע ההסכם, קמה אחריותו של הבעלים שחתם על ההסכם כלפי הקבלן לדאוג לביצועו.

עוד נאמר כי ביטול חוזה ללא הצדקה, דינו כהפרה. גם אם פנה המבטל לערכאות כדי לקבל לגיטימציה לביטול

16. עסקת קומבינציה - בניה שלא בהתאם להיתר בניה וטענות בדבר חוזה בלתי-חוקי.

ע"א 698/89 שילה ואח' נ' א' בארי ואח' וערעור שכנגד, פ"ד מו(4) 796.

המערערים, שהן בוצעו ללא ידיעתם ושהן באחריותו הבלעדית של הקבלן. הקבלן לא ציית לדרישות להתאמת הבניין לתנאי ההיתר, ולכן לא הוצאה לבניין תעודת גמר בהתאם לתקנה 21 לתקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאיו ואגרות), התש"ל-1970. הקבלן סירב גם לדרישת המערערים להתאמת הבניין להיתר וטען שנטל התשלום גם בגין חריגות הבניה צריך ליפול על המערערים. הבניה הושלמה, והבניין כולל שבע דירות ששטחן הכולל גדול מזה שהותר לפי היתר הבניה. בהסכם פשרה שנחתם בין המערערים לבין הקבלן הוסדרו באופן חלקי המחלוקות שבין הצדדים. ההסכם קבע כי האחריות לתשלום דמי החריגים שבמחלוקת למינהל תהא באופן בלעדי על המערערים, והם יפעלו לפי התחייבות הקבלן כלפי המשיבים 1 ו-2 בכל הקשור לרישום הערת אזהרה לטובת האחרונים. המערערים והמשיבים 1 ו-2 קיבלו את החזקה בדירות. בפועל קיבלו המערערים שטח רצפה הקטן מזה שהובטח להם בהסכם הקומבינציה ואף לא נמסר להם המחסן הצמוד לאחת הדירות שקיבלו. הן המערערים והן המשיבים 1 ו-2 גילו ליקויי בניה רבים. לנוכח היקף הליקויים והערך פיתרון בסכסוך באשר לחלוקת השטחים, לא מילאו המערערים אחר התחייבותם בהסכם הפשרה לטפל בנושא תשלום דמי החריגים למינהל. במשך חמש שנים לא ננקטו כל הליכים משפטיים בין בעלי הדין.

המשיבים 1 ו-2 ביקשו מבית-המשפט המחוזי לכופף על הקבלן את מילוי ההסכמים שחתמו עמו. הקבלן שלח הודעת צד שלישי למערערים. בית-המשפט המחוזי הורה על אכיפת ההסכמים, חייב את הקבלן להביא לחתימת חוזה חכירה בין המינהל לבין המשיבים 1 ו-2 בלשכת רישום המקרקעין, כשהזכויות נקיות מכל שיעבוד, עיקול או הערת אזהרה וכשהדירות רשומות כיחידת דיור בבית משותף אשר צמוד אליה חלק יחסי ברכוש המשותף בהתאם לשטח רצפתה. במישור היחסים שבין הקבלן לבין המשיבים 1 ו-2 נקבע כי הקבלן יישא בדמי ההסכמה להעברת הזכויות אל המשיבים 1 ו-2 ובכל תשלום על-יחשבון

למערערים היתה זכות ממינהל מקרקעי ישראל לקבלת זכויות חכירה במגרש לבניית בית מגורים. רשות הבניה על הקרקע ניתנה למערערים בלבד, ונאסר עליהם להעביר את זכויותיהם לאחר. המערערים חתמו על הסכם קומבינציה עם קבלן, שהמשיב 3 הוא עובונו. הקבלן התחייב לבנות בניין מגורים בן 6 דירות, מחסנים, מקלט, חנויות ושאר שירותים הנחוצים לבניין. על-פי המוסכם, אמורים היו המערערים לקבל שליט מהשטח הבנוי ולהעביר את הזכויות בשני השלישים הנותרים לקבלן. לשם כך חתמו המערערים על יפוי-כוח בלתי-חוזר. לפי תנאי הסכם הקומבינציה, התחייב הקבלן לטפל בקבלת רישיון הבניה, אך יקבל הסכמת המערערים לכל תוכנית או שינוי לפני הגשתם לרשויות ולפני תחילת ביצוע עבודות הבניה, וכן התחייב לשאת בכל תשלום הכרוך בבניה, ואילו המערערים התחייבו לשלם מס שבח מקרקעין, מס רכוש, דמי חכירה ודמי הסכמה למינהל, אך החל מתאריך מסויים חובה זאת תתייחס רק לגבי שליט מהמגרש או הבניין. עוד נקבע, כי הצדדים יפעלו יחד לרישום הבניין כ"בית משותף". המינהל אישר את תוכנית הבניה. המשיבים 1 ו-2 רכשו מהקבלן שתי דירות בבניין, והקבלן התחייב לחבר ביניהן על-ידי מדרגות פנימיות, כך שתוכלנה לשמש כיחידה אחת. הסכמים אלה נחתמו ללא ידיעת המערערים. לבקשת המינהל ניתן בבית-המשפט העירוני כנגד הקבלן צו הפסקת עבודה שיפוטי, מן הטעם שהמערערים הפרו את ההסכם הפיתוח, צו זה בוטל לאחר שנחתם בין המערערים לקבלן נספח להסכם הקומבינציה בדבר צירוף הקבלן להסכם הפיתוח, ועל-פיו הוגשה בקשת היתר חדשה למינהל להמשך עבודות הבניה. המינהל דרש מהמערערים תשלום דמי הסכמה לשם העברת הזכויות לקבלן. המערערים טענו שעל הקבלן לשאת בתשלום זה. בינתיים המשיך הקבלן בבניה תוך סטייה מההיתר שהתבטאה, בין היתר, בהוספת שטח בנוי לדירות המשיבים 1 ו-2, בניית חצרות, מרפסות פתוחות ועוד. להתראות מהנדס העיר בגין חריגות אלה השיבו

בדירות שיבנה על המקרקעין. כן ידעו המערערים על מכירת הדירות על-ידי הקבלן. למרות ידיעתם האמורה לא מחו על כך המערערים במשך שנים מספר. העדר מחאה, בנסיבות המקרה, יש לפרשו, לדברי בית-המשפט, כהסכמה מצד המערערים, שאף הסכימו בהסכם הפשרה לפעול לפי התחייבויות הקבלן כלפי משיבים 1 ו-2 ולרשום לטובתם הערת אזהרה.

אמנם הסכמה זו היתה בדיעבד, אך ברור הוא שיש בכך משום אישור של פעולות הקבלן בשמם, כשמכר את הדירה.

בית-המשפט הוסיף כי חלקם של המשיבים 1 ו-2, בחוזה - בעת כריתתו, לא היה "נגוע" באי-חוקיות. הם סמכו על הקבלן - בעל המקצוע - כי יבנה לפי ההיתר שניתן לו מכוח רשויות התכנון ומכוח הרשאת בעלי הזכויות בקרקע. לעומת זאת, דווקא הקבלן והמערערים ידעו שהבניה על-ידי הקבלן כוללת בניה שלא בהתאם לתנאי ההיתר.

במקרה כזה, תוצאת אי-אכיפת החוזה בין הקבלן לבין המשיבים, על-פי עתירת המערערים, תביא לתוצאה שחוטא - הקבלן והמערערים - ייצא נשכר, בעוד שמי שנהג בתום-לב - ייפגע. בנוסף, נאמר כי שיקולי הצדק תומכים באכיפת החוזה בין הקבלן למשיבים 1 ו-2, הואיל ואם לא ייאכף החוזה, או אם היה בית-המשפט מסתפק בהשבה בלבד, היה נגרם למשיבים נזק רב, על לא עוול בכפם.

ההשבה, אם תשלום כזה יידרש על-ידי רשויות התכנון כתנאי למתן היתר לשינויים ולסטיות מההיתר. עוד חוייב הקבלן להשיג היתר לבניין במצבו הנוכחי או להתאימו להיתר שניתן או שיינתן לו ולשלם כל תשלום שיידרש לשם כך, לרבות מיסים, אגרות, היטלי השבחה ודמי הסכמה למינהל. כן איפשר בית-המשפט למשיבים 1 ו-2 לתבוע בתביעה נפרדת פיצויים מהקבלן. עוד נפסק כי המערערים זכאים לעכב את העברת זכויות החכירה לקבלן כל עוד לא ימסור לידהם שליש מהשטח הבנוי, לרבות שליש מהחניה המקורה, כאשר לכל השטח הבנוי ניתן היתר כדין, אם לא יינתן היתר לשינויים, יהיו המערערים זכאים להתאמת הבניין להיתר, בכל הקשור לעבודות הבניה המחייבות היתר. כן איפשר בית-המשפט למערערים לתבוע פיצוי כספי מהקבלן, אך הם חוייבו לחתום על כל תוכנית ומסמך הדרושים לצורך קבלת היתר לשינויים ולחריגות, לרישוי הבניין הקיים או להתאמתו ולרישומו כבית משותף. המערערים גם חוייבו לשאת בכל תשלום שיידרש על-ידי המינהל כתנאי להסכמתו להעברת שני שלישים מזכויות החכירה על-שם הקבלן ובכל תשלום חריג שיידרש בגין חריגות בניה. תשלום אחרון זה הותנה בכך שהקבלן מצידו ישלם להם סכום מסויים בגין תיקונים נדרשים בדירות שקיבלו מהקבלן וכן שני שלישים מדמי ההסכמה למינהל עבור "בניה חריגה".

בית-המשפט העליון, בדחותו את הערעורים, קבע כי במקרה זה ידעו המערערים היטב כי מימון הקמת הבניין על-ידי הקבלן נעשה באמצעות הסכמים למכירת זכויותיו

17. כאשר בעלים מפקידים בידי יזם את תכנון הבתים במגרשם, על היזם לבצע את התכנון בתום-לב, ולחלק את שטח המגרש באופן יחסי שווה, בין כל יחידות הדיור שתיבנה.

ע"א 552/91 אהרון חסין ואח' נ' אבנר וזוד ספקטור (לא פורסם).

(השופטים מצא, קדמי ושטרסברג-כהן).

18. משהופר חוזה, מוטל על הנפגע הנטל להקטין את הנזק שנגרם לו, והוא אינו רשאי לשבת בחיבוק ידיים.

ת"א (חי') 754/92 דב סטר ואח' נ' זאב וזוד בן חורין קבלני בניין בע"מ ואח', פ"מ תשנ"ה(א) 133.

יותר, ותעביר לתובעים שתי דירות שנקבעו על-פי תוכנית ומפרט טכני שצורפו להסכם. על הנתבעת היה להתחיל בבניית הבניין מיד עם קבלת היתר הבניה ולמסור לתובעים את הדירות כשהן גמורות ומושלמות,

התובעים התקשרו עם החברה הנתבעת הראשונה בהסכם קומבינציה, לפיו התחייבו התובעים כבעלי קרקע למכור לנתבעת ולהעביר על-שמה את חלקת הקרקע על-מנת שתקים עליה בית משותף בן 12 דירות למגורים, לכל

על התובעים הנטל להוכיח נזק זה ואת שיעור הפיצוי, לאמור, הערך הכספי של ביצוע עבודת ההשלמה. הפיצוי בגין הפרת החוזה, להבדיל מהתביעה לפיצוי המוסכם בשל האיחור במסירת הדירות, מבוסס על סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. מי שתובע פיצויים לפי סעיף 10, חייב להוכיח את הנזק שנגרם לו בפועל, במידת וודאות סבירה, עקב ההפרה ותוצאותיה והוא זכאי לנזק זה במלואו, בכפוף לסייג שבסיפא לסעיף 10 לאמור "שהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה". במקרה זה, אין חולק כי המפר, הנתבעת, צפתה והיתה אמורה לצפות את הנזק שנגרם כתוצאה מאי-השלמת הבניה במועד, בעת כתיבת החוזה. אחת מן הטענות שהועלו עניינה הקטנת הנזק, משהופר החוזה על-ידי הנתבעת, זכאים התובעים לפיצוי על הנזק שנגרם להם עקב ההפרה ותוצאותיה. על התובע מוטל הנזק להקטין את הנזק שנגרם. נטל ההוכחה של הטענה כי הצד הנפגע לא עשה די להקטנת נזקים, רובץ על הצד המפר. הנפגע אינו צריך לצאת מגדרו בעשייה להקטנת הנזק אלא לעשות את אשר סביר לעשות בנסיבות שהוכחו. במקרה זה לא שוכנע בית-המשפט כי התובעים עשו מאמצים מספיקים בניסיון להשלים את הדירות על-חשבונם, כפי שעשו רוכשי הדירות האחרים ולתבוע את השבת עלות זו מהנתבעת. "נראה לי כי התובעים לא פעלו להקטנת נזקם וגרמו בכך להארכה משמעותית של משך הפיגור... מסקנתי היא, בהתחשב בתוספת הזמן בגין התוספת לדירותיהם, כי יש לזכות את התובעים בפיגור עבור תקופה של שישה חודשים בלבד."

כולל פיתוח סביבתי, לא יותר מ-18 חודשים מקבלת היתר הבניה. בשלב מסויים לפני סיום הבניה הפסיקה הנתבעת את הבניה בשל קשיים כספיים ובעקבות זאת לא קיימה את התחייבויותיה כלפי התובעים, בכך שלא מסרה להם את הדירות גמורות ומושלמות במועד. התובעים הגישו תביעה זו נגד הנתבעת, נגד מי שהיה מנהלה ובעל השליטה בה ונגד עורכי-הדין שטיפלו בעסקה. בתביעתם הם תובעים פיצויים בסך 500,000 שקלים בתוספת הפרשי הצמדה וריבית וכן הם תובעים להחזיר לכלל הרכוש המשותף שטחים שהוצאו ממנו. יצויין כי לאחר הפסקת הבניה התארגנו קוני הדירות והשקיעו מכספם להשלמת דירותיהם, התובעים ניסו למנוע זאת אך לא הצליחו. הדירות שהוקצו לתובעים נותרו בלתי-גמורות כפי שהיו בעת שהנתבעת הפסיקה את הבניה. עוד יודגש כי החלקה הנ"ל לא היתה רשומה בשם התובעים בלשכת רישום המקרקעין בעת עריכת ההסכם ולזכותם נרשמה הערת אזהרה בלבד. נקבע כי הפסקת הבניה על-ידי הנתבעת ואי-השלמתה במועד המוסכם ובכלל, מהווה הפרה יסודית של החוזה בין הצדדים, המזכה את התובעים בפיצויים מהנתבעת. "הפסקת העבודה, הנעוצה במשבר כלכלי שפקד את הקבלן, אין בה כדי לגרוע מאופיה וממשמעותה המשפטית של ההפרה בתור שכזו". בדרך-כלל המבחן לקביעת שיעור הפיצויים הוא באותו סכום אשר במונחים כספיים יש בו כדי להעמיד את הנפגע מבחינת הנזק שנגרם לו, באותו מצב בו היה נתון, לו קויים החוזה, ולולא התרחשה ההפרה.

19. בין סעד הצהרתי לסעד מהותי - אם מתברר לבית-המשפט, כי התובע לא יסתפק בהצהרה, אלא נשקפת סכנה שיפנה שוב לערכאות כדי לקבל את הסעד המהותי, כי אז ימאן בית-המשפט, בדרך-כלל, לתת הסעד הצהרתי.

ה"פ (י"ס) 960/79 פרידה דויטש ואח' נ' חברת שלום עזרא ושות' ואח', פ"מ תשי"ם (ב) 325.

א. שבית-המשפט יצהיר, כי המבקשים זכאים לכך שהדירה תירשם על-שםם בלשכת רישום המקרקעין בירושלים.
 ב. שבית-המשפט יצהיר, כי על רשם המקרקעין לבצע את הרישום הנ"ל, ללא פעולה מצד המשיבים.
 ג. שבית-המשפט יצהיר, כי על המשיבים לשלם למבקשים פיצויים בהתאם להסכם.
 ד. (עתירה חילופית, כפי הנראה) שבית-המשפט יצהיר, כי על המשיבים לרשום את הדירה על-שם המבקשים בלשכת רישום המקרקעין בירושלים.

תובענה זו הוגשה על-ידי המבקשים בדרך של המרצת פתיחה, כדי לממש זכויות שרכשו, לטענתם, לפי חוזה שחתמו עם המשיבים מס' 1 ו-2 (להלן "המשיבים"). לפי החוזה האמור, הם רכשו דירה בכניין שנבנה על-ידי המשיבים. המבקשים מודים שהם קיבלו את החזקה בדירה "בחודש אוגוסט 1974, או בסמוך לכך", אך טוענים שהעברת הבעלות בספרי רישום המקרקעין, לא בוצעה תוך 11 חודשים מיום כניסת המבקשים לדירה, כאמור בסעיף 4 לחוזה. העתירות הכלולות בבקשת המבקשים לסעד הצהרתי הן:

בית-המשפט - תוך הפעלת שיקול-דעתו, כמוכן - לקבוע כי ההליכים בדרך של המרצת פתיחה הולמים את הסעדים המהותיים שהמבקשים חותרים להשיג.

שקלתי טענות אלה מתוך הנחה שהסעדים המבוקשים - תוך שינויים בניסוחם - הם מהותיים, והגעתי למסקנה כי בנסיבות העניין הולמים הליכי המרצת פתיחה את המטרה שהמבקשים חותרים להשיג. על פני הדברים קיימות ראיות לכאורה כי המבקשים מילאו את התחייבויותיהם ולא נותר אלא להעביר את הדירה על-שםם בספרי רישום המקרקעין. לפי תנאי ההסכם אמורה היתה הדירה להימסר למבקשים כנגד תשלום עודף הסכום שהיה מגיע באותו הזמן למשיבים. כיוון שאין מחלוקת, כנראה, שהדירה נמסרה למבקשים, ועל כל פנים הבאת הוכחה לכך אינה עניין מסובך, הרי שמגיע להם גם רישום הדירה על-שםם תוך המועד הקבוע בחוזה. המשיבים לא הגישו כל תצהיר שממנו אפשר היה להיווכח מדוע הם מעכבים את העברת הדירה על-שם המבקשים. מתוך הודעות בעל-פה לפני הדיון, שאין להן ערך הוכחתי, מסתבר שהם טוענים כי המבקשים נשארו חייבים תשלום מסויים ולא קיימו התחייבותם לשלמו. לפי הערכתי ושיקול-דעתי לא היו קשיים או סיבוכים בהבאת הוכחות לשאלה היחידה הזאת וניתן להביאן במסגרת המרצת הפתיחה. אם יהא צורך בהבאת כמה עדים שהצד שיבקש להביאם לא יוכל לקבל מהם תצהירים, יוכל אותו צד לבקש להשמיע עדים אלה במסגרת המרצת הפתיחה, בהתאם להוראות הכלולות בתקנה 318 לתקנות סדר הדין האזרחי.

בעניין זה סבור היה בית-המשפט, שצודק יהיה להשאיר את הדיון במסגרת המרצת פתיחה, אך לחייב את המבקשים לנסח מחדש את עתירותיהם באופן שהיעדים המבוקשים יהיו מהותיים ולא הצהרתיים. הודגש כי האמור חל גם על העתירה בדבר תשלום פיצויים, אך בהיקף המוגבל של הפיצויים הקבועים בהסכם - כי אז אין להוכיח את הסכום, אלא רק את הזכות לקבלתם - ובלי התוספות של "כפי שבית-המשפט ימצא לנכון" או "בהתאם לראות עיני כב' בית-המשפט" שהוספו כעניין שבשגרה.

ה. כי על המשיבים לשלם למבקשים הוצאות משפט ושכר-טרחת עורך-דין.

מטענות בא-כוח המבקשים התברר, כי הוא בדעה שהצהרה אשר יתן בית-המשפט לפי כל אחד מסעיפי הסעד המבוקש הנ"ל, תשמש לו פסק-דין אופרטיבי, אשר לפיו יוכל להגיע אל המטרות המהותיות שהצהרה תאשר שהוא זכאי להשיגן. ליתר בהירות - אם בית-המשפט יתן, למשל, הצהרה, כי על רשם המקרקעין לבצע את רישום הדירה על-שם המבקשים, כי אז תחייב ההצהרה את הרשם לבצע את הרישום כמוצהר. בית-המשפט סבור היה, כי בא-כוח המבקשים לא עמד על דקויות ההבדלים בין פסק-דין הצהרתי לבין פסק-דין שיש בו הוראה אופרטיבית.

בית-המשפט הבהיר כי:

א. ההצהרה קובעת מה הזכות שהתובע זכאי לה בנושא שלגביו הגיש את תובעתו;

ב. אין התובע יכול "לתרגם את הזכות הערטילאית לשפת המעשים, אלא אם יוסיף ויבקש סעד מהותי, היינו, צו אופרטיבי המכוון אל הנתבע או אל כל אדם או גוף אחר אשר בכוחו לממש לתובע את זכותו. כפועל יוצא מן ההבחנה הזו, נתן בית-המשפט ביטוי גם לכלל, שאם מתברר לבית-המשפט, כי התובע לא יסתפק בהצהרה, אלא "נשקפת... הסכנה" שהוא יפנה שוב לערכאות כדי לקבל את הסעד המהותי, כי אז ימאן בית-המשפט, בדרך-כלל, לתת לו את הסעד ההצהרתי, כדי שהנתבע לא יוטרד פעמיים בהליכים משפטיים בקשר לאותו הנושא. בהסתמך על הכללים האלה, פסק בית-המשפט, כי המבקשים בבקשה הנוכחית אין להם עניין בהצהרות שהם מבקשים לשמן, וקרוב לוודאי שלאחר שיקבלון יפנו שוב לבית-המשפט בתביעה לקבלת הסעדים המהותיים המהווים, למעשה, את המטרה הסופית של ההליכים. בית-המשפט חייב, איפוא, להשתמש בשיקול-דעתו ולהימנע מלתת למבקשים את מבוקשם.

"אולם, על-אף האמור לעיל, ובהסתמך על טענות בא-כוח המבקשים, נראה לי כי כוונתו אכן היתה להגיש לסעדים המהותיים בדרך של המרצת פתיחה וייתכן שרק הניסוח הבלתי-מוצלח של עתירותיו עומד לו למכשול... רשאי

20. עסקת קומבינציה והתחייבויות בעל מגרש כלפי רוכש צד שלישי - מינוי כונס נכסים לשם רישום בית כבית משותף ורישום כל אחת מיחידותיו על-שם הזכאים לרישום.

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

ואילו השניה נועדה למכירה לצד ג'.
 הבית האמור נבנה, ואחת מיחידותיו נמכרה למבקשים.
 שתי היחידות הנ"ל היו צריכות להרשם כבית משותף, כך שכל אחת מיחידותיו תרשמה בנפרד - האחת על-שם

המשיבים 2 הם הבעלים הרשומים של המגרש.
 ביום 6.3.81 נכרת חוזה בין המשיבים 2 לבין המשיב 1, לפיו התחייב המשיב מס' 1 לבנות על המגרש בית הכולל שתי יחידות דיור. אחת מן היחידות נועדה למשיבים 2,

שיבנה על החלקה וכן לטובת בנקים למשכנתאות או כל בנק אחר, מהם יקבל רוכש הדירה משכנתאות.
 במכתב הנושא תאריך 10.2.83 מופנה אל לשכת רשם המקרקעין ברחובות, כותבים בין השאר, המשיבים 2:
 'אנו מסכימים לרשום הערות אוהרה לגבי מחצית החלקה לטובת אריה כהן... וגב' חנה כהן... וכן לטובת בנק לפיתוח ולמשכנתאות לישראל בע"מ לגבי הלואה... שקבלו הנ"ל.'

מסמך נוסף החתום, בין השאר, על-ידי המשיבים 2 הוא מסמך מיום 10.2.83 הנושא כותרת 'התחייבות לרישום משכנתה', והוא מופנה אל בנק לפיתוח ולמשכנתאות לישראל בע"מ. בסעיף 2 של מסמך זה נאמר:
 '2. הלווים זכאים, בין השאר, לזכות הבלעדית לרישום על שמותיהם של הבעלות או חכירה לדורות בדירה וכן לחוקה בלעדית בה.'

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

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

- 1) קיימת התחייבות ישירה מצד המשיבים 2 לרשום את זכויותיהם של המבקשים על הדירה.
- 2) לפחות יש לראות את המבקשים כמוטבים לעניין זכות צד ג', על-פי הנאמר בסעיף 34 בחוק החוזים... סבור אני, שאכן החוזה והמסמכים הנלוים אליו, כמפורט לעיל, מלמדים על כוונה להקנות למבקשים מעמד של מוטבים, הזכאים לדרוש מאת המשיבים 2 מלוי התחייבויותיהם.

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

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

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

לביצוע רישום הזכויות בנכס, אני ממנה את עורך-דין ולצמן ככונס נכסים, עם מלוא הסמכויות להביא לידי רישום שתי היחידות כבית משותף ורישום כל אחת מיחידותיו על-שם הזכאים לרישום - המבקשים והמשיבים "...2

המשיבים 2 והשניה על-שם רוכש הדירה, דהיינו המבקשים. הרישום האמור טרם נעשה.

המבקשים תובעים ביצוע ההתחייבות לרישום בית משותף, שבעקבותיו תרשם דירתם על-שםם. החיוב מופנה הן כנגד הקבלן (המשיב 1) והן כנגד בעלי הקרקע - המשיבים 2. בדרכם של המבקשים להשגת מבוקשם, עומדות שתי מחלוקות: האחת בינם לבין המשיב 1 והשניה בין המשיב 1 לבין המשיבים 2.

עד כמה שמדובר במחלוקת שבין המבקשים לבין המשיב 1 - זו נפתרה בהסכמה.

נותרו טענותיהם של המשיבים 2 כנגד המשיב, שבגללם מסרבים הם לעמוד בהתחייבותם החוזית הנוגעת לרישום המקרקעין. יתר-על-כן, המשיבים 2 טוענים, כי אין בינם לבין המבקשים כל יריבות, וכי אין לחייבם בכל חבות שהיא כלפי המבקשים.

בית-המשפט ציין, כי הסכם, שעניינו עסקת קומבינציה, מניה בעצם טיבו וטבעו, קיומם של זכויות צד ג', תמורת מגרש או כל חלק ממנו, זוכים בעלי מגרש בדירות בבית העתיד להיבנות על המגרש. התמורה הניתנת על-ידי בעלי המגרש גם כוללת מתן זכות לקבלן לבנות דירות נוספות ולמכרן לצדדים ג'. כבר בכך רכשו לעצמם בעלי המגרש "נטל" שאין הם רשאים להתעלם ממנו.

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

במרבית המקרים שהתבררו - הקרבן העיקרי הוא רוכש הדירה. נוכח העובדה שהקרקע רשומה על-שם בעלי הקרקע, כבולות, לעיתים קרובות, ידיו של הקבלן לעמוד בהתחייבויותיו כלפי רוכש הדירה (שלא לדבר על אותם מקרה רבים בהם אין כלל אפשרות לאכוף את ההתחייבויות על הקבלן בגלל פשיטת רגל או סיבות אחרות מעין אלה), ואו נוצר עימות בין רוכש הדירה לבין בעל הקרקע, דהיינו, בין שניים שאינם צדדים ישירים לחוזה.

"כפי שאמרתי לעיל, בעצם כריתת הסכם של עסקת קומבינציה, לוקח על עצמו בעל המגרש 'נטל', שאין הוא רשאי להתנער ממנו. במקרה הנדון כאן, הנטל מגיע לדרגת התחייבות של ממש, בין במישורין כלפי המבקשים ובין בעקיפין כחבות כלפי צד שלישי.

סעיף 15 של החוזה העיקרי (בין המשיב 1 למשיבים 2) קובע לאמור:

'המוכרים מתחייבים כי לא יאוחר מ-15 יום מיום מתן היתר הבניה על-ידי ועדת בניין ערים, יחתמו על יפוי כח נוטריוני בלתי-חוזר לפיו יפוי-כוחו של טוביה לירון - עורך-דין, לפעול בהתאם לחוזה זה וכן לרשום הערת אוהרה בלשכת רשום המקרקעין לטובת רוכש הדירה בבית

21. בחיוב, שלא נקבע לו מועד בחוזה, יש להחיל את סעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובע "מועד סביר".

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

לפירוט פסק-הדין ראה שער א', פרק א' לעיל.

22. לגבי מקרקעין - מקום שהרוכש קיבלם לידיו ומשתמש בהם ומה שנותר הוא הרישום הפורמלי - אין הקבלן יכול להיבנות בטענת שיהוי.

ת"א (ת"א) 3716/64 צביה שטיינר ואח' נ' פרדי חביב ואח', פ"מ נג 194.

אותו זמן לא הביע הנתבע נכונות לבצע את ההעברה ומטענותיו בכתב ההגנה ומהעובדה שהגיש גם תביעת פינוי נגד הנתבעים, או תביעה לסילוק-יד, כפי שהעיד התובע מס' 2 (עמ' 9), ומהצהרתו של הנתבע (בעמ' 16) כי גם כיום אינו מוכן להעביר את הדירה, ברור כי כל כוונתו של הנתבע לזכות בחורה בדירה שמכר וקיבל את מחירה במלואו לאחר שמסרה לרשותם והחוקתם של התובעים. זה הוא עושק שאין למעלה הימנו פרט אם עומדת לצדו של הנתבע הוראת דין השוללת מאת התובעים את הסעד הנדרש על ידם.

"במקרה שלפנינו התחייב הנתבע לבצע את הרישום. אמנם לא נקבע לכך מועד בהסכם, אבל ברור כי מהרגע שהתובעים קיבלו את הדירה לרשותם ובפרט לאחר ששילמו את מלוא המחיר התגבשה התחייבותו של הנתבע לרשום את זכות הקניין על-שם. אני מאמין לתובע מס' 2, אשר העיד (עמ' 6) כי כבר לאחר תשלום 4 שטרות דרש את ההעברה והנתבע דחה אותו עד גמר תשלום השטרות כולם...

מהמכתב שנשלח אל התובעים מטעם הנתבע (מוצג נ/2) ברור שהנתבע לא היה מוכן להעביר את הדירה. זאת ועוד: מאז הוגש כתב התביעה עברו כשנתיים ובמשך כל

23. הסעד לפי סעיף 6 לפקודת הבזיון, הוא במהותו סעד בעל אופי שזורי, ואין להיזקק לו, מקום שקיימת "דרך המלך" של הליכי הוצאה לפועל.

ע"ש (חיי) 4/83 חילו נחמן ושושנה נ' יוסף בכר חברה לעבודות בניין ולפיתוח בע"מ, פ"מ תשמ"ג(ב) 380.

גרידא ואינם ניתנים להוצאה לפועל. וכן, כי חובת הרישום היתה כפופה לכך, שהמערערים יתאימו את הדירה לתוכנית המקורית, כלומר, יהרסו את התוספות אשר בנו, והמערערים לא עמדו בחובתם זו. עוד טען כי המשיבה ביצעה את כל התיקונים שהיה עליה לבצע.

בהחלטה נשוא הערעור, קבע יושב-ראש ההוצאה לפועל, כי החיובים הנוגעים לרישום אינם ניתנים להוצאה לפועל, אלא ההליך הנכון, שעל המערערים לנקוט בו, הוא הליך לפי סעיף 6 לפקודת בזיון בית-המשפט.

גם באשר ליתר החיובים שבהסכם סבר כב' יושב-ראש ההוצאה לפועל, כי אינם ניתנים לביצוע בהוצאה לפועל באשר הם תלויים בתנאים רבים, שלא נתקיימו ו/או שהופרו ו/שקויימו בחלקם.

בסיום החלטתו קבע יושב-ראש ההוצאה לפועל:

זהו ערערו על החלטת כב' יושב-ראש ההוצאה לפועל, בה נקבע כי המשיבה אינה חייבת עוד למלא אחר פסק-הדין נשוא הליכי ההוצאה לפועל.

פסק-הדין האמור ניתן על-פי הסכם פשרה, שנערך בין הצדדים.

המערערים הגישו את פסק-הדין הנ"ל לביצוע בלשכת ההוצאה לפועל וביקשו כהליך ראשון צו למסירת המעוקלים הנזכרים בסעיף 13 לפסק-הדין שצוטט לעיל. ביום 21.7.82 הגישה המשיבה בקשה בה לדחות על-הסף את בקשת הביצוע הנ"ל ולחלופין להצהיר כי אינה חייבת עוד למלא אחר פסק-הדין. לחלופי חלופין לקבוע אם, ובאילו מידה, מוטל עוד על החייבת למלא אחר פסק-הדין. בבקשתו זו העלה בא-כוח המשיבה טענות מטענות שונות. בין היתר טען, כי הסעדים הנוגעים לרישום הם הצהרתיים

ההוצל"פ, אך מכאן ועד הקביעה שהמשיבה אינה חייבת עוד למלא אחר פסק-הדין - רחוקה הדרך. כפי שהסברנו, שאלת קיומו של תנאי מוקדם להיווצרות החיוב אין לה ולא כלום עם השאלה נשוא סעיף 19 לחוק ההוצאה לפועל, דהיינו אם פקע החיוב.

האמור לעיל לגבי החיוב ברישום, נכון בהתאמה גם לגבי החיוב בתיקונים: כל אי-בהירות יכולה לבוא על תיקונה בדרך של בקשת הבהרה, ושאלות עובדתיות הנוגעות להתמלאותם של תנאים מוקדמים יכולות להגיע לכלל הכרעה אם על-ידי יושב-ראש ההוצאה לפועל, או בפניה לקבלת פסק-דין הצהרתי.

אשר לשאלה המהותית השנייה: הרי לדעתנו, לא היה יושב-ראש ההוצאה לפועל רשאי לקבוע את אשר קבע תוך התיירות להסתמך על סעיף 19. כל עוד לא נקבעו גדרי החיוב, ומועדו, עדיין מוקדם לדון בשאלה אם הוא פקע... כאשר לשאלה השלישית, גם כאן אינני רואה עין בעין עם יושב-ראש ההוצאה לפועל המלומד, בסוברו כי עדיפה הדרך של סעיף 6 לפקודת בזיון בין-המשפט (6) דרך ההוצאה לפועל.

ראשית, סבורני שההכרעה בשאלה זו היתה מוקדמת, כל עוד לא הובהרו גדרי החיוב המוטל על המשיבים, והתנאים לקיומו.

שנית, דווקא כאשר פסק-הדין אינו ברור, כפי שהוא בענייננו, אין לראות בתרופה לסעיף 6 לפקודת הבזיון, תרופה מתאימה ויעילה.

ההליכים הללו הם בעלי אופי מעין פלילי, וממילא נוקקים בהם לדרגת ודאות גבוהה יותר מאשר בהליכי הוצאה לפועל (השווה ע"פ 514/66 חסיד נ' "פרדס", פ"ד כא(1) 607, 613 בין ב' ל-ג'(4)).

שלישית, וזה העיקר, הסעד לפי סעיף 6 לפקודת הבזיון (6) הוא במהותו סעד בעל אופי שיורי, ואין להזיק לו מקום שקיימת דרך המלך של הליכי הוצאה לפועל (השווה בר-אופיר, 'הוצאה לפועל, הליכים והלכות' (10), סעיף 225 בעמ' 173 ופסק-הדין המצוטטים שם).

העובדה, ש-דרך מלך זו זרועה מהמורות, אין בה לכשעצמה לפסול אותה, שכן אותם הקשיים ואף ביתר שאת יעלו בהליכים לפי סעיף 6 לפקודת הבזיון (6).

בענייננו, לאחר שיובהר הטעון הבהרה בפסק-הדין בהליך לפי סעיף 12 לחוק ההוצאה לפועל (5), אינני רואה מדוע לא ניתן יהיה לבצעו, אם על-פי סעיף 63(א) לחוק ההוצאה לפועל (5), המאפשר אכיפה של מעשה על-ידי המוציא לפועל, על-ידי הזוכה או על-ידי אדם אחר ואם על-ידי מינוי כונס נכסים לפי סעיף 53 לחוק ההוצאה לפועל (5).

אינני סבור כי החיובים על-פי פסק-הדין הם בעלי אופי אישי שאינם ניתנים לביצוע בדרך זו.

"על יסוד האמור לעיל אני קובע שהמבקשת אינה חייבת עוד למלא אחר פסק-הדין למעט החיוב הכספי שבסעיף 5 להסכם."

בית-המשפט בערעור ציין, כי בעניין דנן עולות שתי שאלות מהותיות ושאלה אחת דיונית.

השאלה המהותית הראשונה היא, האם יוצר פסק-הדין חיוב, שעל החייב למלא אותו, האם הגיע המועד לקיומו, ובמידה והחיוב מותנה בתנאים מוקדמים מסויימים, האם נתקיימו אותם התנאים.

השאלה המהותית השנייה, אשר מקומה במסגרת סעיף 19 לחוק ההוצאה לפועל, היא בהנחה, שפסק-הדין אכן יצר חיוב שהגיע לכלל בשלות, האם פקע חיוב זה, עקב פרעון, עקב התקיימותם של תנאים מפסיקים מסויימים, או עקב שינוי בתנאים שהפכו את החיוב לבלתי-ניתן לביצוע, והכל כמובן בכפופות לכך, שהפרעון, קיום התנאי המפסיק, או חוסר אפשרות הביצוע, אירעו לאחר פסק-הדין.

השאלה השלישית, שהיא פרוצדוראלית באופיה, מתעוררת רק על בסיס ההנחה, כי קיים חיוב בר תוקף, שעל החייב לבצע אותו, ותוכנה הוא בחירת דרכי האכיפה של חיוב זה.

"באשר לשאלה הראשונה: אין ספק כי פסק-הדין אכן מטיל על המשיבים חיובים מסויימים, הן באשר לרישום והן באשר לביצוע התיקונים... יש בפסק-הדין הרבה דברים שאינם ברורים. כך למשל, אין להבין מפסק-הדין את התנאי המוקדם לו 'כפוף' החיוב הנוגע לרישום, דהיינו, דבר 'התאמת הדירה לתוכניות מבחינה פיזית' - חל על המערערים או על המשיב. אך בכל מקרה של אי-בהירות בפסק-דין, יכול יושב-ראש ההוצאה לפועל לפנות לבית-המשפט שהוציא את הפסק (ולעניין זה אין נפקא מינא בין פסק-דין בהסכמה ופסק-דין אחר) ולבקש הבהרות לפי סעיף 12 לחוק ההוצאה לפועל (5).

יושב-ראש ההוצאה לפועל יוכל גם, אם יהיה צורך בכך, לשמוע ראיות בשאלה, אם נתקיים תנאי מוקדם לקיום החיוב. כך למשל, בהנחה שפסק-הדין יפורש באופן שעל המערערים להתאים תחילה את הדירה לתוכניות בטרם יוכלו לדרוש מהמשיבים לבצע את הרישום - הוא יוכל לברר את השאלה אם אכן התאמה כזו נעשתה, אם לאו (כמובן, שבכל מקרה מדובר רק בעובדות שאירעו לאחר מתן פסק-הדין) אך אפילו תאמר, שתפיסתי את תפקיד יושב-ראש ההוצאה לפועל, היא רחבה מדי ואין הוא יכול לברר אם נתקיימו תנאים מוקדמים בהם תלוי החיוב, הרי אין בכך כלום. שכן, לכל היותר יהיה על המערערים לפנות לאחר הבהרת פסק-הדין, לבית-המשפט המוסמך בבקשה למתן פסק המצהיר כי התנאי המוקדם התקיים, בטרם ימשיך יושב-ראש ההוצאה לפועל בהליכי הוצאה לפועל. דבר זה יגרום, אמנם, להשהיה מסויימת בהליכי