

המכללה האקדמית נתניה – בית הספר לנדל"ן
היבטים חוזיים של עסקאות מקרקעין
המרצה: ד"ר משה גלברד

סילבוס

נושא ראשון – דיני חוזים: מבוא כללי ומושגי יסוד

1. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 סעיפים 1-11.
2. ע"א 379/82, נוה-עם נ' יעקובסון, פ"ד לח (1) 740.
3. ע"א 7824/95, יצחק תשובה ואח' נ' בר נתן פ"ד נה(1) 289.

נושא שני – כשרות משפטית: עסקאות מקרקעין של קטינים ופסולי-דין

4. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962: סעיפים 7, 9, 20, 47.
5. ד"נ 17/75 נחול נ' לוי, פ"ד ל(2) 113 (1976).
6. ע"א 112.79 שרף נ' אבער, פ"ד לד(3) 178 (1980).
7. ע"א 39.81 עלי נ' סאוג'וג', פ"ד לח(4) 584 (1985).
8. ע"א 614/84 ספיר נ' אשד, פ"ד מא(2) 225 (1987).
9. ע"א 393/82 חיים נ' אביוב, פ"ד מא(1) 716 (1987).
10. ע"א 371/89 פורד (שכטר) נ' חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ (בפירוק), פ"ד מו(1) 149 (1991).
11. ע"א 763/88 פילובסקי נ' בלס, פ"ד מה(4) 521 (1991).
12. ע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי, פ"ד נה(4) 730 (1999).
13. ע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט, פ"ד מז(1) 357 (פסק דינו של הנשיא שמגר).
14. ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית, תק-על 2007(3) 1976 (2007).
15. ח"א 8002/02 המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון, תק-מח 2009(2) 3406 (2009).
16. דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (כרך ב, תשנ"א) 1008 ואילך.
17. יצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב – 1962 ס' 1-13 (מהדורה שנייה, תשנ"ה).
18. בעז קראוס כשרות משפטית ואפוטרופסות: קטינים, פסולי דין, חסויים (מהדורה שנייה, תשס"ב)
19. יצחק אנגלרד "סמכות האפוטרופוס לייצג את החסוי ואישור בית המשפט" משפטים ח (תשל"ח) 479.
20. משה גלברד "עסקאות מקרקעין של קטינים ופסולי דין לאור תזכיר חוק דיני ממונות" מאזני משפט ו (תשס"ז) 353.

נושא שלישי – דרישת הכתב בעסקאות מקרקעין

1. חוק הפרוצדורה האזרחית העותומאני, סעיפים 80-82.
2. חוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969: סעיפים 6, 8, 79(א).
3. תזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 סעיפים 8, 121, 598.
4. ע"א 91/77 לילי ביקסר נ' עמידר, פ"ד לב(1) 73.
5. ע"א 7716/00 נעמי קיסרי נ' רשות הפיתוח, תק-על 2005(3) 4034 (2005).
6. ת"א (מחוזי נצ') 537/05 זידאן יאסין נ' עזבון המנוח פרח אליאס עטאללה, תק-מח 2010(1), 12000 (2010).
7. ע"א 7119/08 עזרי חיימי נ' ליאת שמיר, תק-על 2010(3), 3164 (2010).
8. ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נ' בידרמן, פ"ד כ"ו (2) 781.
9. ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן, פ"ד כ"ח (2) 291.
10. ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס, פ"ד ל (1) 800.
11. ע"א 158/77 רבינאי נ. מן שקד, פ"ד לג (2) 281.
12. ע"א 565/79 רובינשטיין נ' לויס, פ"ד ל"ד (4) 591.
13. ע"א 693/86, 692 בוטקובסקי ושות' נ' גת, פ"ד מד (1) 57.
14. ע"א 475/87 נינה אהרונוב נ' אהרון אהרונוב, פ"ד מג (3) 165.
15. ע"א 380/88 מוהיב טוקאן נ' אלנשיבי, פ"ד מה (5) 410.
16. עמ"ש (מחוזי יר') 534/09 פלוני ואלמונית נ' פלוני, תק-מח 2010(4), 356 (2010).
17. ע"א 579/83 זוננשטיין נ' גבסו בע"מ, פ"ד מ"ב (2) 278.
18. ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ (1) 185.
19. ע"א 8144/00, 8170/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ ואח' נ' יוסף ברנדר ואח', פ"ד נז(1) 158.
20. ע"א 7193/08 עדני נ' דוד, תק-על 2010(3), 545 (2010).
21. ע"א 10849/07 חסיב נעים פוארסה נ' שאוקי יוסף פוארסה, תק-על 2009(4), 2256 (2009).
22. משה גלברד "דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין על פי הצעת הקודקס האזרחי: בחינה ביקורתית" קרית המשפט ו' (תשס"ו) 231.

נושא רביעי – זכרון דברים בעסקת מקרקעין

1. ע"א 651/72, פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתח-תקוה, פ"ד כח (1) 617.
2. ע"א 153/74 אברהם נ' חבזה, פ"ד כט(1) 737.
3. ע"א 158/77 רבינאי נ. מן שקד, פ"ד לג (2) 281.
4. ע"א 5332/03 רמות ארזים נ' שירן, פ"ד נט(1) 931.2407.
5. ע"א 5511/06 אמינוף נ' א. לוי השקעות ובנין בע"מ, תק-על 2008(4) 2429.
6. ע"א 7193/08 עדני נ' דוד, תק-על 2010(3), 545 (2010).
7. ע"א 8320/09 אלחדד נ' שמיר (29/3/2011).
8. ע"א 10859/07 חברה קדישא נ' דוד לוי (22/1/2012).
9. ע"א 9247/10 רוזנברג נ' סבן (24/7/2013).
10. ע"א יוסף דניאל נ' פלונית ואח' (11/8/2013).

נושא חמישי – משא ומתן לכריתתו של חוזה מקרקעין: חובות ותרופות בשלב הטרומ חוזי

1. ע"א 86/76 עמידר נ' אהרון, פ"ד ל"ב (2) 337.

היבטים חוזיים סיכום שיעור מס' 1

כיצד נכרת חוזה במדינת ישראל?

חוק החוזים (חלק כללי) הינו חוק המטפל בסוגיה בסיסית של כריתת חוזה

חוקים נוספים רלוונטיים:

- חוק מקרקעין
 - חוק חוזים אחידים
 - חוק החוזים ותרופות בזמן הפרת חוזה
- חוזה נכרת בדרך של **הצעה** ו**קיבול**=ניצע (זה שהציעו לו)

לרוב נחתם חוזה תוך הסכמה הדדית של שני הצדדים ולאחר דין ודברים שהוחלפו בין הצדדים ב"שולחן עגול", עד שהביאו להסכמה קונצנזואלית בין הצדדים.

הדרישה בהצעה וקיבול היא שיהיו בחוזה 2 יסודות:

1. פניה של אדם לזולת שבה צריכים להיות שני אלמנטים, פניה מספיק מפורטת שתשובה של "כן" מצד הקונה תספיק כדי לחתום חוזה. בהצעת נדלן צריכים להיות מצוינים בין היתר הפרטים הבאים: פרטי הנכס, שם, מחיר, צועד תשלום ומועד פינוי.
2. גמירת דעתו של המציע להיקשר בחוזה כך שיהיו סימנים חיצוניים המעידים על רצינות ההצעה כך שא הצד השני יסכים החוזה ייכרת.

מה שמעיד על גמירת הדעת זאת החתימה

החוק דורש ביחס לניצע – הקיבול (הקונה) שיהיו גם אצלו סימנים חיצוניים לרצינות שלו כגון: מגיב להצעה בכך

הצעה בלתי חוזרת: הצעה הנוקבת מועד, פרק זמן מוגבל מרגע מסירת ההצעה לקיבול בו המציע אינו יכול להתחרט. כלומר במידה ובפרק זמן שהוגדר בחוזה הקיבול מסכים להצעה, המציע חייב לקבל את הסכמת הקיבול ואינו יכול לסגת או לבטל את הצעתו.

אם ההצעה אינה כוללת מועד היא אינה הצעה בלתי חוזרת.

הצעה בלתי חוזרת מאוד דומה לאופציה

מו"מ

ישנם חוקים משפטיים החלים על המו"מ: יש לנהוג בתום לב וקיימת חובת גילוי מידע שהיא חלק בלתי נפרד מתום לב

במכר ציבורי חלה חובת שוויון הזדמנויות לכל דורש

במכר פרטי לא תמיד חייבים לנהוג בשוויון

פגם בכריתת חוזה = מצב של טעות, הטעיה, כפיה ועושק

בהפרת חוזה ניתן לקבל פיצויים.

פגם בכריתת חוזה נעשית לעיתים למראית עין פעמים רבות משיקולי מס (רישום נכסים על שם ילדים, קטינים) על פי חוק חוזה כזה בטל.

מרבית הסכסוכים בעסקאות מקרקעין עוסקים בתוכן החוזה ובשאלה האם החוזה הופר או לא

פרשנות לחוזה הוא פעמים רבות סיבה למחלוקת

- פרשנות
- השלמה-ישנם בחוק מנגנוני השלמה להשלים חסר בחוזה.
- התערבות

תנאים מקפחים בחוזה כמו למשל בחוזה רכישת דירה חדשה מקבלן יכולים לא לקבל תוקף משפטי,

לדוגמה מנגנון הצמדה חד כיווני בו מצמידים את סכום העסקה למדד רק כשיש במדד עליות אבל לא בירידות המדד, במצב כזה רשאי בית משפט לבטל את הסעיף בחוזה כיוון שהוא מקפח את הקונה.

מה היא מידת תלות בין הצדדים

לדוגמה מועד מסירת נכס שהופר ומנגד מחויב הקונה לתשלום אחרון

עולה השאלה האם מסירת הנכס המצוינת בחוזה לא קוימה במועד שנקבע מאפשרת לקונה לדחות את התשלום האחרון או שהוא מחויב לשלם את התשלום האחרון במועד שנקבע למרות שהצד השני מפר את מועד המסירה שנקבע, האם הוא יחשב מפר חוזה אם לא ישלם בזמן?

הפרה ותרופות

- **פיצויים מוסכמים** – לא כל פיצויים מוסכמים יאושרו ע"י בית משפט
- **אכיפה** - לדוגמה ניסיון לביטול עסקה והצעת פיצוי במקום הקונה לא מעוניים בפיצוי הוא מעוניין בנכס שרכש ומסרב לקבל ביטול עסקה, האם זה אפשרי? תלוי... לעיתים כן ולעיתים לא
- **אפשרות ביטול חוזה בשל הפרה** - (בד"כ הקונה ירצה לבטל עסקה במצב שמחיר השוק ירד והמוכר ירצה לבטל במצב שהמחיר עלה)

ש.ב

1. לקרוא בסילבוס את פסק דין מס' 3: שרף נגד אבער
2. לקרוא פסק דין: הדר חברה לביטוח

סעיף קטן 2

פעולה שמחייבת רישום בפנקס מקרקעין על פי חוק

עסקאות במקרקעין שמחייבות רישום:

- הקנייה של בעלות
- שכירות (חכירה לדורות) (עד 10 שנים אין צורך)
- שאילה (שכירות ללא תמורה)
- משכנתא
- זיקת הנאה
- זכות קדימה

כל אחת מעסקאות אלה מחייבת רישום בפנקס מקרקעין ואם היא נעשית ע"ח קטין או בשמו זה מחייב אישור בית משפט!

דיירות מוגנת: דמי מפתח היא פעולה שאיננה מחייבת רישום בפנקס מקרקעין או אישור מבית משפט.

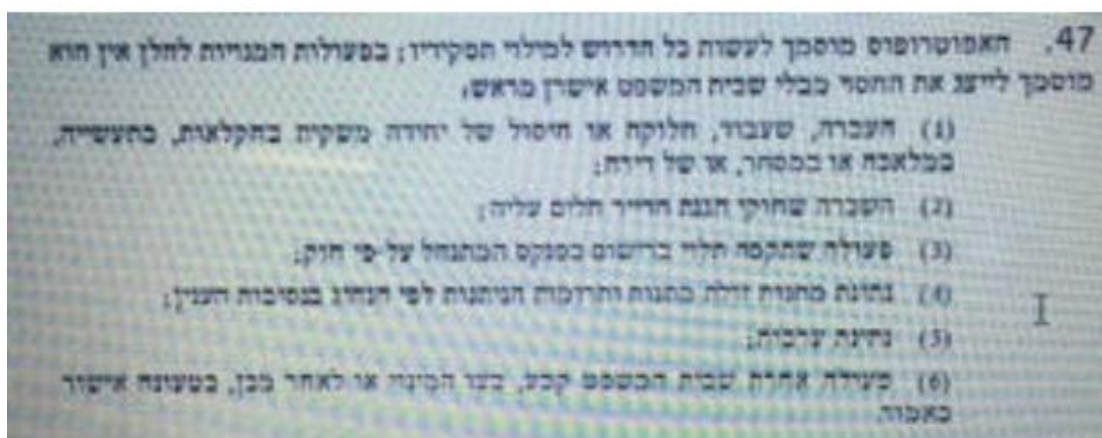
במידה ויש לקטין זכויות של דיירות מוגנת (רוצה לרכוש או למכור) והוא מעוניין להעביר אותן

האם יש צורך באישור בית משפט?:

למרבה הפלא זה תלוי בשאלה מי האפוטרופוס

- אם זה ההורים – **אין צורך**
- אם זה האפוטרופוס – **כן צריך**

סעיף 47 לחוק:



מה יקרה במקרה הבא?

הרבה דירות במדינת ישראל אינן רשומות בטאבו, החלקה כן רשומה אבל הדירה לא כיוון שלא עברו פרצלציה

נניח שחברה X בונה בית משותף והיא בעלת המקרקעין, היא מכרה דירה לזוג Y והתחייבה בחוזה להקנות לזוג Y בעלות בדירה, זה יכול להתקיים רק אחרי הרישום!

עברו כמה שנים והזוג Y רוצים למכור את הדירה לזוג Z

הזוג Y לא יכולים למכור את הדירה לזוג Z כיוון שהם לא רשומים כבעלים!

הם יכולים למכור רק את הזכויות!

אופציה א': הזוג Y יכולים לעשות חוזה עם הזוג Z , חוזה שבו הם מתחייבים להקנות את הזכויות לרישום בטאבו. במידה ואחד מהקונים או המוכרים הוא קטין זה מצריך את אישור בית המשפט.

אופציה ב': יכול להיות שהזוג Y ימכרו לזוג Z את הזכות החוזית שיש להם בדירה (המחאת זכויות).

הרבה פעמים Y מתחייב למסור ל Z את מפתחות הדירה ואת הניירת והם מוכרים את הזכות שיש להם כלפי X , פעולה זאת איננה נחשבת מכירת מקרקעין רק מכירת זכויות שלא מחייבת רישום.

במידה ש Y מוכרים ל Z את הזכות החוזית לקבל בעלות מ X זה לא טעון רישום כיוון שזאת לא מכירת מקרקעין זאת מכירת זכויות.

שירקס = קנוניה בטורקית

הערת אזהרה מחייבת לקבל אישור של בית משפט לעסקת מקרקעין.

הצעת החוק החדשה (שהוגשה אך טרם התקבלה) כתיקון לחוק הכשרות המשפטית היא לקבל אישור בית משפט לכתב המחאה והערת האזהרה **בכל עסקת מקרקעין** וכזאת שחל עליה חוק הגנת הדייר.

כל חוזה שהשווי שלו יותר צ 50,000 שח חייב אישור בית משפט.

עסקת מכר בפרקטיקה

שלב ראשון: חתימת חוזה

ביניהם ביצוע: משלמים+ אישורי מיסים (מס שבח)

שלב שני: ביצוע רישום בטאבו

גם חוק מקרקעין מבחין בין שני השלבים האלה, בין החוזה לבין הרישום ומשתמש בשני מונחים שונים:

לגבי הרישום: שיעבוד או רישום נכס על שם הקונה = **עסקה במקרקעין**

לגבי החוזה: החוק קורא לזה **התחייבות** לעשות עסקה במקרקעין.

סעיף 7א' = עסקה במקרקעין טעונה רישום בטאבו, הרישום בטאבו הוא זה שמעביר את הזכות בעלות עוברת בעת הרישום

החוזה לא טעון אישור, סעיף 8 אומר כי מצריך מסמך בכתב!

הסתבכות העניינים:

שאלה:

החוק לכשרות המשפטית אומר שפעולה שתוקפה תלוי בפנקס מקרקעין מחייב אישור בית משפט

בפעול איך נעשית/מתבצעת עסקה כזאת **כשאחד מהיורשים הוא קטין?**

מה קורה בין מועד שבו חתמו חוזה ובין המועד שבית משפט אישר את זה?

החוק אומר שצריכים לקבל את **האישור מראש!** ולכן כל עוד לא ניתן אישור, האפוטרופוס או ההורים אינם רשאים לעשות שום חוזה או הסכם.

אין תוקף לפעולה ללא אישור בית משפט על פי החוק כפשוטו!

ואז נשאלת השאלה: בשבועות או החודשים עד שבית המשפט יאשר או לא יאשר האם כל צד יכול לסגת? או לבטל את ההסכם? הרי יכולה להיווצר פגיעה משמעותית בשוק כי בכל רגע יכול אחד הצדדים לסגת.

גישות לפתרון הבעיה המשפטית בתיק שרף נגד אבער:

השופט חיים כהן: טוען כי חוק המקרקעין עושה הבחנה ברורה בין החוזה לבין הרישום

החוזה מצריך מסמך בכתב-לא אישור בית משפט

הרישום מצריך אישור בית משפט

כשהצדדים חותמים על חוזה הוא תקף כיוון שאין צורך באישור בית משפט

לרישום צריכים אישור בית משפט בזמן שהבעלים הוא קטין אם במהלך תקופת חתימת החוזה הקטין מגיע לגיל 18 אין חיוב לאישור בית המשפט ברישום

גישה זאת פותרת את השאלה האם הצדדים מחויבים על פי החוזה? התשובה היא **כן!**

ההחלטה של השופט חיים כהן יוצרת בעיה: נוצר חוזה שלא ברור אם ניתן לבצע אותו במידה ובית המשפט לא יאשר את העסקה בזמן הרישום.

ולכן העמדה של חיים כהן נותרה בעמדת מיעוט ולא התקבלה בהרכב רחב של שופטים

אם אישור בית משפט חל גם על החוזה אז אפשר לסגת

ישנן שתי גישות בפסק הדין:

גישת השופט שמגר: טוען כי אין תוקף לחוזה עד שבית משפט יאשר ובמידה ואחד הצדדים יתחרט **אין עסקה!** החוזה יהיה בתוקף **רק** אחרי אישור בית משפט בהנחה שאף אחד מהצדדים לא יתחרט

בעצם אין חוזה זה רק נייר, אין תוקף משפטי לנייר זה.

להורים אין שום סמכות לייצג את הקטין אפילו לא לעשות חוזה מותנה

יכולה להיות עילה נגד ההורים אבל החוזה לא בתוקף!

הפתרון של השופט ברק פתר את כל הבעיות רק עמד בניגוד ללשון החוק...

השופט ברק: של ברק היא שמדובר **בחוזה על תנאי** חוזה תקף אבל במצב של קיפאון, לא מבצעים אותו עד שמוודאים שהתנאי מתקיים או לא, הצדדים קשורים ולא יכולים לסגת אך תלויים באישור בית המשפט, הזמן לקיום חוזה הוא במסגרת הזמן שנקבע והוגדר בחוזה או "זמן סביר"

החוק אומר ההיפך כיוון שהחוק טוען כי אין להורים זכות להתחייב.

בהצעת החוק כתבו שבין שלב של חוזה ובין השלב של אישור בית המשפט החוזה נחשב:

חוזה על תנאי

אין הלכה כי ישנן 3 גישות שונות של שופטים

הגישה של השופט חיים כהן נדחתה ע"י כל השופטים ואין הכרעה בין בשופט ברק לשופט שמגר

בפסק דין הוחלט כי **החוזה לא תקף שניהם** פסקו **שהשלב החוזי מחויב באישור בית משפט**

הלכה בפסק דין = דעת הרוב הנדרשת להכרעה במקרה

לא רק העברה בטאבו דורשת אישור בית משפט גם החוזה

פסיקה מאוחרת יותר שכללה למשהו יותר מרחיק לכת:

כל שרשרת של פעולות שבסופה יהיה צורך ברישום טעונה **באישור מראש** של בית משפט

לדוגמא: פירוק שיתוף חייב אישור בית משפט לענייני משפחה ורק אז יועבר לבית משפט השלום

עלי נגד ג'אוג'וד – על סמך פסק דין שרף כל שרשרת פעולות שבסוף תסתיים ברישום מחייב אישור מראש של בית המשפט

1. השאלה האם חובה לקבל אישור בית משפט חלה גם על החוזה? התשובה : **כן!**
2. אם כך איך מסתדרים עם העובדה בפרקטיקה? קודם חותמים על חוזה ואח"כ בית משפט?

גישה א: עד שבית משפט מאשר זה **לא חוזה-גישת שמגר**
גישה ב: **כן חוזה בהקפאה** עד אישור בית משפט- **גישת ברק**
אין הלכה ישנן שתי גישות

פסיקה מאוחרת יותר הרחיבה והשליכה גם על שרשרת פעולות משפטיות- כל מהלך משפטי שמחייב רישום בסוף כמו תביעה לפירוק שיתוף חלוקה בהסדר כמו: תביעה, שיתוף וחלוקת הסדר מקרקעין , מחייבת אישור בית משפט מראש

שאלה: נעשה חוזה עם קטין וההורים מסרבים ללכת לבית משפט. האם הצד השני יכול לגשת לבית המשפט ולבקש אישור חוזה?

בענייני הייצוג של הקטין מי שמוסמך לגשת לבית המשפט בשמו זה רק הנציג שלו הוא שרשאי להגיש בקשות לבית המשפט בשמו.

אבל השופט ברק אומר שאפשר בין ע"י ההורים או ע"י הצד השני.

ש.ב

נדון בשיעור הבא בחוזה מתנות בין הורים/ילדים

נדון גם בדרישת הכתב בעסקאות מקרקעין

לקרוא : פסקי דין : מס' 8, מס' 14, מס' 18

היבטים חוזיים של עסקאות מקרקעין-סיכום שיעור מס 3

המשך- עסקאות מקרקעין של קטינים ופסולי דין

מתנות מקרקעין של הורים לילדיהם הקטינים-

אחד הנושאים שאינם סגורים בכלל בפסיקה זה נושא מתנות מקרקעין מהורים לילדיהם הקטינים, עסקה די נפוצה ההתלבטות- מצד אחד- כל פעולה משפטית שמעורב בה קטין או פסול דין מחייבת אישור של בימ"ש. מצד שני סעיף 20 (5) לחוק הכשרות המשפטית- צריך להביא אישור של חוזה לבימש זולת אם מדובר במתנה. גם במקומות נוספים יש את הסתירה ביחס לאפוטרופסות סעיף 47(3).

על פי סעיף 48 יש צורך להביא לבית משפט כל פעולה זולת מתן מתנות

אין תשובה ברורה בנושא.

בפ"ד מס 12- לוי נ ח'ג'זי- השופטת פרוקציה קובעת בהערת אגב כי במקרה של מתנה מטעם ההורים בעסקת מקרקעין אין צורך באישור בימ"ש. כיוון שקיימת חזקה כי מטרת ההורים היא להיטב עם הקטין. המטרה איננה להטיל חיובים על הקטין אלא להיטב עימו.

זאת עסקה המזכה את הקטין ולא מעמיסה עליו ולכן אין צורך להטריח את בית המשפט בעניין זה. שני שופטים אחרים באותו פסק דין טענו שזאת שאלה כבדה ובחרו לא להכריע ולהשאיר את השאלה הזאת פתוחה.

בפרקטיקה לא ניתן להעביר נכס בפנקס מקרקעין ללא אישור בית משפט- יש קובץ הנחיות של הממונה על המקרקעין במשרד המשפטים- יש הנחיה מפורשת שבמתנת מקרקעין של הורים לילדיהם- יש צורך באישור של בימש להעברה. זה לקוח מפ"ד ישן משנות ה-60 של בימש מחוזי בחיפה.

פסולי דין-

כל האמור לעיל ובשיעור הקודם לגבי קטינים נכון גם לגבי פסולי דין. זאת למעט הנושא הבא-

פ"ד הדר חברה לביטוח- הדר חברה לביטוח נתנה הלוואה לזוג לרכישת דירה. הבטוחה היתה דירת המגורים של הזוג בכפר סבא. הדירה היתה רשומה ע"ש הבעל אולם לאור זכות האישה מכח חוק הגנת הדייר- חברת הביטוח החתימה גם את האשה על חוזה ההלוואה- למרות שאיננה רשומה.

בדיעבד הסתבר שהאשה היתה חולה- סבלה מסכיזופרניה- ולמעשה בזמן שחתמה על החוזה היתה במצב פרנואידי. טענה האשה כי היא לא הבינה על מה היא חותמת וכי חששה לחייה ופחדה מבעלה.

האשה לא הוכרזה במועד החתימה ע"י בימ"ש כפסולת דין. ולכן למרות חווד הרפואיות שקבעו שבמועד הזה לא היתה כשירה למעשה הקביעות שצריך אישור בימ"ש להחתמה- לא תקף לגביה. יש פה לאקונה. (ישנה לאקונה גדולה בדין הישראלי כיוון שרק מי שהכריז עליו בית משפט פסול דין נחשב כזה, ומי שלא הוכרז על אף שהוא פסול דין נחשב כשיר לעמוד לדין, שהרי לו היו מביאים את האישה בפני בית משפט טרם חתימת החוזה היא בוודאות הייתה מוכרזת כפסולת דין)

בפ"ד בסופו של דבר בימ"ש מצא דרך לקבוע שהחוזה לא בתוקף מבחינת האשה ע"י יצירת קונסטרוקציה משפטית.

קיימת הצעת חוק לדיני ממונות – בהצעה נרשם- כי אם היה ניתן להכריז על אדם כפסול דין והצד השני ידע, או היה עליו לדעת, יראו את אותו אדם כפסול דין. זה נותן פתרון חלקי לאדם שכלפי חוץ באמת נראה פסול דין. אדם שלא נראה כך- זה לא נותן מענה.

דרישת הכתב בחוזה מקרקעין

ברוב המדינות בעולם המערבי, כמו גם בישראל- עסקאות במקרקעין מחייבים דרישת כתב.

בחלק מהמדינות דרישת הכתב היא מינימליסטית. דרישה ראייתית. בחלק אחר היא דרישה מהותית. ההבדל העיקרי היא שבדרישת כתב מהותית החוזה כולו- כל מה שהוסכם בין הצדדים- חייב להיות בכתב. בדרישת כתב ראייתית- כל מה שצריך זה איזשהו מסמך שמעיד שהיה חוזה. יכול להיות אפילו שיק שניתן במסגרת התשלום על העסקה, חשבונית. גם החוזה לא חייב לכלול את כל הפרטים.

דרישת הכתב בחוק המקרקעין בישראל היא מהותית- החוזה כולו חייב להיות בכתב ואם לא אין לו תוקף.

כלומר אם הצדדים עשו חוזה בכתב. והסכימו בע"פ למשהו נוסף כל העסקה אין לה תוקף. אם יש סתירה בין האמור בכתב לע"פ החוזה בטל. הוא בלתי חוקי.

דרישת הכתב נובעת מסעיף 8 לחוק המקרקעין.

עסקת מקרקעין מתבצעת כזכור בשני שלבים. שלב ראשון- חוזה. שלב שני- הביצוע- הוא עסקה במקרקעין. והחוזה הוא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. עפ"י החוק ההתחייבות לבצע עסקה במקרקעין טעונה כתב.

התחייבות למתן זכות קדימה, זיקת הנאה, זכות שכירות לתקופה ארוכה ועוד- כל אלו הן עסקה במקרקעין והתחייבות לעשות אותן חייבת להעשות בכתב.

יחד עם זאת- הפסיקה לא אחידה בנושא.

מתי לא חלה דרישת הכתב?

- **כל חוזה במקרקעין שנעשה לפני 1.1.1970.** בתאריך זה נכנס לתוקף חוק המקרקעין. כל חוזה שקדם לתאריך זה חל הדין הקודם. הדין הקודם דרש דרישת כתב ראייתית, מינימליסטית. (דרישת הכתב הקודמת הייתה על פי הדין העותומני ואז פתק, תשלום ארנונה, תשלום חשבון מים, קנס או תיקון שנעשה בשטח היה בהם די להוכיח התקשרות חוזית **ולכן תלוי מתי נעשתה העסקה! דרישת הכתב לא חלה על חוזים ישנים לפני 1.1.1970**) פ"ד מס 5- רשות הפיתוח.
 - **שכירות עד 5 שנים-** לא חייבים מסמך בכתב. אפשר לעשות גם בע"פ ויכירו בעסקה. זה כולל את תקופות האופציה. אם התקופה היא מעל 5 שנים כולל האופציה החוזה לא יהיה תקף, אלא אם הוא נעשה בכתב. השאלה היא מה התקופה המוסכמת במועד חתימת החוזה.
 - **המחאת זכות-** במדינה יש מאות אלפי דירות שלא רשומות בטאבו. המקרקעין רשומים אך עדיין לא נעשו הליכי איחוד וחלוקה. לא רשמו בתים משותפים. והדירות לא רשומות ע"ש הדיירים. ואז המכירה היא למעשה מכירת זכות. הפסיקה בעניין זה היא חד משמעית- דרישת הכתב לא תחול על עסקאות כאלו. יש פה עיוות. פ"ד גילדמן נ עמידר.
- בהצעת חוק דיני ממונות (סעיף 597)- כתוב בעניין זה- "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין וכן המחאה של זכות לעשות עסקה במקרקעין טעונה כתב".
- בפרקטיקה- גם עסקאות של המחאה נעשות בכתב.
- השאלה מתעוררת באותם המקרים שהצדדים נפגשו והסכימו על התנאים ולא היה עו"ד בסביבה... עשו זיכרון דברים –מסמך דליל שלא תמיד משקף את כל הדברים עליהם הצדדים הסכימו. מס' ימים אח"כ אחד הצדדים מצא עסקה טובה יותר השאלה היא האם המסמך כאמור זיכרון הדברים מקיים את דרישת הכתב שבסעיף 8 בחוק מקרקעין:
- האם זה חוזה מכר מקרקעין? לרוב **לא**
- אם זה חוזה של המחאה אז **כן**
- השאלה איך מפרשן בית המשפט, האם זה חוזה מכר או חוזה המחאה, בית משפט יכול לייחס כוונה לעסקת המחאה ולא לעסקת מכר)

בפסיקה של העליון נקבע כי אם יש דירה שלא רשומה בטאבו והצדדים הסכימו ביניהם שהעסקה תושלם לגמרי מבחינת התשלום וקבעו מנגנון להעברת הדירה- אומר העליון שזו עסקת המחאה. העליון קובע כי אם זו היתה עסקה במקרקעין הרוכש לא היה מסכים לשלם את כל הכסף לפני שהושלם הרישום.

חתימה- מה דינו של חוזה שנכתבו בו כל הסכמות הצדדים אך לא נחתם?

בשורה של פסקי דין חזר ביהמ"ש על העקרון כי חוזה כזה מקיים את דרישת הכתב של עסקה במקרקעין לפי סעיף 8. הסעיף לא דורש חתימה מפורשת. להבדיל מחוקים אחרים שדורשים זאת מפורשות. מסמך כתוב ולא חתום די בו. אבל ברוב המקרים חוזה כזה לא יהיה תקף. כיוון שאין בו גמירת דעת של הצדדים על חתימת החוזה. יש מקרים בודדים שלמרות שהחוזה לא נחתם הכירו כאילו החוזה מחייב כיוון שהיו נסיבות נוספות שהעידו על גמירת דעת (תשלומים, לחיצות ידיים וכד.). לדוג פ"ד מס 12- רובינשטיין נ' לויס. (הייתה חסרה חתימה של המוכרת) פ"ד 13- בוטקובסקי נ' גת. (הייתה חסרה חתימה של שני הצדדים, השיקו כוסות לחיים והיו מספיק סימנים ברורים שהצדדים ראו את העסקה כגמורה)

פ"ד 7-אלחדד נ' שמיר

מקרים חריגים לדרישת הכתב המהותית:

המקרים החריגים היחידים הם כאשר מדובר ביחסים בתוך המשפחה. דרישת הכתב תפורש בצמצום ויכירו גם בהסכמים שלרוב לא היו מוכרים עפ"י דרישת הכתב בסעיף 8, כאשר מדובר ביחסים בין בני משפחה. (ישנה קבוצת מקרים שבהם בית משפט עליון קצת "מעגל פינות" גם אם המסמך לא מנוסח באופן מדויק אך בית המשפט השתכנע שהצדדים התכוונו לכרות חוזה ואז בית המשפט מאשר את תוקף החוזה)

- פד אהרונב נ אהרנב- הזוג התחתן. האשה היתה בעלת הדירה. הבעל עבר לדירה. הסכימו שהבעל ישפץ את הדירה על חשבונו ובתמורה הדירה תירשם במחציתה על שמו גם. הזוג כתבו ביניהם נייר וחתמו עליו. השיפוץ לקח 13 חודשים.. ואז האשה חתמה על אישור לבעלה שהוא שיפץ ועשה הכל והיא תרשום על שמו מחצית הדירה. ואחכ הזוג התגרשו. האשה הוציאה אותו מהבית. הבעל הגיש תביעה למחצית הדירה. אחת הטענות של האשה היתה כי ההסכם לא מקיים את דרישת המקרקעין וזו עסקת מקרקעין- כיוון שהיא מוכרת לו חצי דירה. הפגמים שהיו בחוזה פה- לא היה כתוב מחיר. כתוב שהוא ישקיע את כל הכסף שיש לו וכמה שצריך לשיפוץ. ביהמ"ש מבין שמדובר פה בנסיבות מיוחדות, של עסקה בין בני זוג ולא מקפידים על הפורמליות. אגב- אם היה מונח בפני בימש מקרה כזה אבל לא בין בני זוג אלא בין זרים- זה לא היה מוכר בעסקה. ביהמ"ש אכן קובע כי אין פה מחיר ולכן אין פה את דרישת הסכום. אולם האישור שהיא נתנה בסוף שהוא שילם את כל מה שהיה צריך לאשר- המסמך השני משלים את דרישת הכתב. לכאורה זה סותר פסיקות אחרות של בימש שהחוזה עצמו חייב לכלול את כל הפרטים. לא ניתן להשלים מסמך נוסף להסכם המקורי. האבחנה פה- לאור כך שמדובר בעסקה בין בני זוג הדרישה היא פחות נוקשה.

- פ"ד ננשאבי- שם לא דובר על בני זוג. דודה ערירית ואחיין שלה שטיפל בה. הדודה חתמה על פיסת דירה שהיא כתבה בה שהיא תיתן לו את הדירה. לאחר מכן מכרה את הדירה למישהו אחר. ביהמ"ש מכיר במסמך המקורי עם ההתחייבות לאחיין למרות שלא מקיים באופן מלא את דרישת הכתב

כשבימ"ש מבין שלאור מהות היחסים לא הקפידו על פורמליות ומשתכנע שהיתה כוונה לעסקה הוא יכיר בחוזה גם אם לא עונה לגמרי על דרישת הכתב לפי סעיף 8.

פ"ד קרמר נ' גיא

בוצעה עסקה עם זוג אדריכלים. קרמר מוכר. מציע לגיא לבנות על הקרקע 2 יחידות דיור. עסקת קומביניציה של 50%. המוכר התעקש שהדירות יעשו בע"פ. בגלל רשויות המס. סיכמו כי רק לאחר הבניה יעשה חוזה בכתב. מדובר פה בעסקה בלתי חוקית, למרות זאת ביהמ"ש עצם עין מנושא זה ודן בסוגיות אחרות.

גיא בנו את 2 הבתים בשית"פ. קרמר טען לאחר מכן שאין פה עסקה כיוון שאין חוזה בכתב.

ביהמ"ש קבע שהחוזה תקף וקרמר חייב להעביר לגיא מחצית מהחלקה.

2 נימוקים עיקריים:

1. השופט ברק: היות והמוכר התנהג בחוסר תום לב קיצוני דרישת הכתב נסוגה. זוהי הלכה מחייבת וזוהי דעת הרוב בפ"ד.
2. השופט זמיר מנמק את ההחלטה ע"י אימוץ דוקטרינה משפטית מאנגליה וקנדה אשר קובעת כי כשיש בעסקת מקרקעין דרישת כתב, ואין כתב, אבל הביצוע הושלם- אז דרישת הכתב תיסוג.

במקרה הזה גם היה חוסר תום לב קיצוני וגם החוזה בוצע ולכן אפשר היה להגיע לתוצאת פ"ד לאור שני הנימוקים. הבעיה תעלה כשאחד הדברים לא מתקיים- או שאין חוסר תום לב מובהק או סיום הביצוע. בהצעת החוק נכתב- "נקבע בדין כי צורה מסוימת של החוזה כי תנאי לתוקפו ותנאי זה לא קיים, אך החוזה קיים במלואו. יראו את דרישת הכתב כאילו קוימה". קרי- משרד המשפטים סבר כי לא מספיקה הלכת ברק בנושא חוסר תום לב. ולכן הכניסו גם את עמדת זמיר. עמדת ברק בפנים.

ש.ב

לקרוא:

פסק דין 7 אלחדד נ' שמיר

פסק דין קרמר נ' גיא

סיכום שיעור מס' 4 היבטים חוזיים

מעמדו של זכרון דברים בעסקת מקרקעין

פ"ד רבינאי נ מן שקד- מקרה בו המוכרת חתמה על הזכרון דברים. נקבע בזכרון הדברים שהצדדים יחתמו על חוזה בתאריך מסוים עם פירוט התשלומים שייקבעו בהסכם.

החברה הרוכשת לא חתמה **אבל** מסרה שיק למוכרת. המוכרת הפקידה את השיק אך לאחר כמה ימים התחרטה. החזירה שיק **שלה** בסכום שקיבלה לחברה הרוכשת. מה הדין?

בפ"ד נקבע כי לאור כך שהצדדים התכוונו לחתום על חוזה אח"כ, זכרון הדברים לא מחייב.

זהו פ"ד ישן- ניתן ב-1979- אולם עד היום הוא פ"ד המנחה בנושא של זכרון דברים. השופט ברק אומר שם באופן כללי על תוקפו של זכרון דברים:

כותרת "זכרון דברים" היא חסרת משמעות. זה היה יכול להיות הסכם, חוזה, זכרון דברים. יחד עם זאת- הכותרת יכולה להיות בעלת משמעות. לדוג בנסיבות של המקרה המתואר לעיל.

יחד עם זאת- **הכלל- הכותרת עצמה היא חסרת משמעות**. הפסיקה מכירה את הפרקטיקה ומכירה בכך שלרוב המסמך "זכרון דברים": נכתב ללא עו"ד, תמציתי עם כוונה בהמשך לכתוב מסמך מפורט יותר שהוא יהיה החוזה! מתחת לכל כותרת יכול היות חוזה או לא חוזה אין אמצע! אממה ... יכולים להיות סוגים שונים של חוזים לדוגמא: חוזה על תנאי

2 אפשרויות:

אי ראיית זכרון הדברים כחוזה- זה עדיין לא אומר שהמסמך חסר ערך משפטי. ברור שהמסמך נוצר תוך כדי המו"מ בין הצדדים. הוא תוצר מסוים של המו"מ. המסמך לא נוצר בחלל ריק. למסמך יכולות להיות משמעויות שונות- לדוגמא כפרשנות למחלוקות שעלולות לצוץ ביחס לחוזה עתידי. אבל הוא חסר תוקף משפטי.

ראיית זכרון הדברים כחוזה-

כדי לבחון את מעמדו של זכרון הדברים והאם מדובר בחוזה מחייב או לא- נבדוק 3 פרטים עיקריים:

1. האם יש לזכרון הדברים **מסוימות**.
נבדוק האם יש לנו את הפרטים שמהווים את מהות העסקה- צריך להיות ברור שמדובר בחוזה מכר והאם יש את הפרטים הרלוונטיים- בנסיבות פ"ד יש **פרטי נכס מפורטים** גוש, חלקה, כתובת, גודל הנכס. יש את **המחיר**. יש את **מועדי התשלום**.
חסר לנו- מתי מועברת הבעלות.
פיצויים אם חסר- אפשר להשלים מכח החוק, לא חייב להיות בזכרון הדברים.
חלוקת תשלומי המיסים- גם אפשר להסתדר, היות והחוק קובע.
בנוסף בחוזה מקצועי היינו מוסיפים גם יפוי כח, מנגוני ביצוע, יפוי כח למחיקת הערת אזהרה, מנגנון שבמידה ובמועד המסירה עדיין אין את כל האישורים הנדרשים יישארו כספים בנאמנות וכד.
2. **גמירת דעת-האם התוכן/ הנסיבות מסביב מלמדים על רצון שני הצדדים להתקשר בחוזה מחייב**.
3. המסמך צריך לקיים את דרישת ס 8 לחוק המקרקעין- **דרישת הכתב**.
אם המסמך יקיים את 3 הפרטים האמורים זהו חוזה לכל דבר ועניין.
במידה וזכרון הדברים כולל את הדברים המהותיים והחברה הדפיסה את החוזה, זה בהכרח מקיים את דרישת הכתב. העובדה שהחברה הרוכשת לא חתמה לא פוגעת בדרישת הכתב. החתימה נדרשת כדי להוכיח את רצינות הצדדים- גמירות הדעת.

בנסיבות פ"ד העדר החתימה של החברה עלולה להוות ראייה נגד רצינותה של החברה. מאידך- החברה חתמה על שיק למוכרת. בנוסף- מי שרצתה להתנער מהעסקה זו המוכרת, שממילא חתמה על החוזה. המוכרת גם הפקידה את הכסף בחשבון הבנק. רק לאחר שהחליטה להתחרט היא הוציא שיק שלה ושלחה לחברה. ביהמ"ש קובע שהיתה פה גמירת דעת ולכן חוזה מחייב.

נשאלת השאלה מה ביחס לקביעה המפורשת בזכרון הדברים לפיה "החוזה בין הצדדים ייערך ביום ... לפי התנאים הבאים...?"

זוהי "נוסחת הקשר", כפי שהשופט ברק מכנה, בין זכרון הדברים לבין החוזה המפורט המקצועי שהצדדים מתכוונים לערוך.

זהו לא פרט מהותי. אלא מה? בפרקטיקה ברוב המסמכים שמגיעים לבחינת בתי המשפט יש נוסח דומה של הוראה.

"נוסחת הקשר" רלוונטית לגבי השאלה האם הצדדים התכוונו לכרות חוזה- לשאלת גמירות הדעת.

לעיתים נוסחת הקשר ברורה וחד משמעית- "הצדדים יחתמו חוזה עד ליום ... ועד שייחתם חוזה אף צד אינו מחויב"- אם זה מה שכתוב- המקרה ברור. אין חוזה. המסמך מהווה סיכום של המו"מ אך עדיין אין חוזה.

ייתכן מצב הפוך- "הצדדים מסכימים כי עד לתאריך.. ייחתם חוזה, אולם עד אז הצדדים מחויבים ורואים בזכרון הדברים כמחייב"- גם פה הדברים ברורים. זכרון הדברים יהווה חוזה מחייב לכל דבר ועניין והתכוונו להתקשר בחוזה מחייב ודרישת גמירות הדעת מתקיימת.

אולם ברוב המקרים "נוסחת הקשר" היא בעלת אופי ניטרלי. כמו בנסיבות פ"ד- רק אומרים יהיה חוזה. ברק אומר בפסה"ד כי נוסחת קשר ניטרלית כשמה כן היא. היא לא מעידה על כלום וניתן להתעלם ממנה.

בנוסחת קשר ניטרלי- נטל ההוכחה על מי שחושב שזכרון הדברים מחייב

דוגמא לזכרון דברים מפ"ד עדני נ' דוד

1. המוכר מוכר לקונה והקונה רוכש מאת המוכר

את כל זכויות המוכר בחנות.

2. תמורת החנות ישלם הקונה \$287,500. התשלומים יפורטו בנספח המצ"ב.

3. החוזה כפוף להמצאת אישורים ע"י המוכר כפי שידרשו על ידי הקונה, וביניהם מכתב החרגה מהבנק שלטובתו רשם המוכר משכנתא, תשריטים והסכמים קודמים

(מכר ושכירות). וחזרה זה מותנה בהמצאת אישורים אלו.

4. המוכר מסכים שהקונה יממן הרכישה באמצעות משכנתא.

5. המכירה כפופה להשכרת הנכס מראש לצד ג' על ידי המוכר ובמידה ולא יצליח תהיה לקונה זכות להתחרט.

6. הסכם מפורט עד 13.09.05.

יחד עם זאת בפסיקה מאוחרת יותר, ההלכה משתנה-

בפ"ד אחר נ' שמיר-משנת 2011 השופט דנציגר קובע **שאם הצדדים מביעים כוונה שבהמשך לזכרון הדברים יהיה חוזה, זכרון הדברים לא מחייב.**

קרי- נקודת המוצא היא שונה- אם יש נוסחת קשר ניטרלית- נטל ההוכחה היא על מי שטוען שזכרון הדברים מחייב. עליו להוכיח כי למרות שהם התכוונו לחתום על חוזה בהמשך, עם עדיין התכוונו שזכרון הדברים מחייב. יצטרכו להשתמש בראיות נוספות, כדוגמת תשלומים, דיווחים לרשויות המס וסימנים נוספים שיכולים להעיד על גמירת דעת וכוונת התקשרות.

רוב פסה"ד היום מגיעים למסקנה שזכרון דברים לא יהיה מחייב, בעיקר לאור נקודת המוצא השונה המוזכרת לעיל.

בפ"ד אחר נחתם זכרון דברים. המוכר התחרט. הקונה רשם הע"א. העניין הגיע לביהמ"ש. נקבע שם בזכרון הדברים שלוח התשלומים יפורטו בנספח מצורף ולא נקבע ולא צורף.

עוה"ד של המוכר- לא טוען לטעות, שהרי טעות בכדאיות העסקה לא תאפשר לו לבטל את העסקה, הוא טוען שלא היתה פה עסקה.

רוב השופטים חושבים שלא היה פה חוזה.

החוזה חתום. חתימה מעידה על גמירת דעת. הם סבורים שאין פה חוזה מחייב **בגלל לוח התשלומים. לא השלימו את לוח התשלומים.**

שופטי הרוב סבורים שאין פה חוזה, בעיקר כי מהתנהלות הצדדים לאחר חתימת הצדדים לאחר מועד העסקה, הם רואים שעבור הצדדים הספיציפיים האלו מועדי התשלום היו קריטיים. למרות שבד"כ זה לא נושא קריטי.

כלומר- כאשר הצדדים מייחסים חשיבות לפרט מסוים, גם אם במקרים אחרים זהו לרוב לא פרט חשוב ושניתן להשלים אותו, בנסיבות בהם הצדדים מייחסים לו חשיבות גדולה- אותו פרט ספיציפי שהיה חשוב בעיני הצדדים- לא יהיה ניתן להשלים אותו. אם הצדדים לא הסכימו עליו אין חוזה.

השופט עמית, בדעת מיעוט, סבר שהמוכר התחרט לאור חישובי מס שהוברהו לו. ולכן זו לא סיבה שבגללה אפשר להתחרט על העסקה וקובע שהיתה פה עסקה.

פ"ד יוסף דניאל נ' פלונית ע"א 9255/11- פ"ד משנת 2013- נחתם זכרון דברים למכירת דירה. הצדדים לא סיכמו את נושא המיסים.

בכל פ"ד הקודמים ברור לגמרי שנושא המיסים הוא לא נושא מהותי. יש חוק שקובע על איזה צד חל איזה מס ויש פרקטיקה ברורה ולכן לרוב ניתן להשלים את הפרט הזה.

בנסיבות פ"ד יוסף דניאל, היה וויכוח גדול בין הצדדים האם זו תהיה עסקת נטו או ברוטו. המוכר עמד על כך שזו עסקת נטו והצדדים לא הגיעו להבנה. הנושא נשאר פתוח.

בעקבות זאת אומר ביהמ"ש זכרון הדברים כשמו כן- הם סיכמו את הדברים שמוסכמים אם ייחתם הסכם. אלא שלא סיכמו על מה שהיה חשוב בעינם- האם העסקה נטו או לא. זאת למרות שלרוב זהו לא פרט קריטי שלא ניתן להשלים אותו. בנסיבות המקרה של פ"ד לא יהיה תוקף לזכרון הדברים לאור העדר הסיכום ביחס לשאלת נטו או ברוטו שהיתה בעינם קריטית.

לסיכום- יש פרטים שברור שצריכים להיות ולא ניתן להשלימם. יתר הפרטים- תלויים בנסיבות המקרה והאם הם חשובים בעיני הצדדים.

מה קורה בתקופת הביניים בין זכרון הדברים ועד לחתימת החוזה

מספר מצבים אפשריים:

• הצדדים הגיעו להבנות וחתמו על חוזה מחייב

מה מעמדו של זכרון הדברים? זכרון הדברים "נבלע" בחוזה. גם אם החוזה תואם את החוזה וגם אם לא. **תמיד הסכמה מאוחרת גוברת על הסכמה קודמת.**

החוזה המפורט נועד להחליף את זכרון הדברים. לעיתים החוזה המפורט לא דומה לזכרון הדברים. נושאים שעלולים לצוץ תוך כדי עריכת החוזה. תמיד ההסכמות המאוחרות הם אלו שקובעות.

חשיבות זכרון הדברים יכולה להיות בהקשר של פרשנות ההסכם הסופי. הוא חלק כאמור מתהליך חתימת החוזה.

• הצדדים נפגשו אצל עוה"ד לערוך חוזה מפורט אך אין הסכמה סופית ומחליטים בהסכמה הדדית שאין חוזה

במקרה כזה אין בעיה.

המשמעות היא ביטול זכרון הדברים. מותר לצדדים בהסכמה לבטל.

• **הפיכת נוסחת הקשר לחוזה על תנאי**

הצדדים התכוונו שזכרון הדברים יהיה מחייב ויחזיק אותם עד לעריכת חוזה מפורט. אך הם גם הסכימו שאם לא יגיעו להסכמות, זכרון הדברים מתבטל. כלומר הם התכוונו לשמור על העסקה לתקופת ביניים עד למיצוי נסיון חתימת חוזה מפורט.

במקרה כזה כאמור אם לא מגיעים להסכמות והחוזה לא נחתם, גם זכרון הדברים מתבטל בהסכמה.

• **לא נחתם חוזה אולם אין הסכמה על ביטול זכרון הדברים**

כל המקרים האלו יגיעו לבימש לרוב. אין הסכמה בין הצדדים על מעמדו של זכרון הדברים.

במקרים האלו ביהמ"ש יבדוק את זכרון הדברים ויבדוק את 3 היסודות שצריך לבדוק ושפורטו לעיל. אם 3 היסודות מתקיימים- ביהמ"ש יחליט שזכרון הדברים הוא חוזה מחייב ותקף. ביהמ"ש ישלים את הפרטים החסרים. החוזה יתבצע.

מושגים

* נת"ד – אינדקס צמוד לניירות ערך, ניירות ערך תמורת דיבידנדים
* "חוזה לעשות חוזה" מושג מהמשפט האנגלי שמשמעותו היא כי שני הצדדים מתחייבים לנהל מו"מ כדי לכרות חוזה מחייב. באנגליה לא הייתה חובת תום לב וזה היה כלי להכריז כי הצדדים מתחייבים לנהל מו"מ בהגינות ובתום לב. במשפט העברי ישנה דרישה לקיים מו"מ "בדרך מקובלת ובתום לב" לכן המושג הנ"ל חסר משמעות בארץ.

ש.ב

לקרוא

חובות ותרופות בשלב תרום חוזי – נושא חמישי

פ"ד מס' 4

פ"ד מס' 7

פ"ד מס' 10

פ"ד מס' 14

סיכום שיעור מס' 5 היבטים חוזייםחוזים למכר דירות

קיימת חקיקת מגן ספציפית:

1. חוק המכר דירות - מעניק הגנות לרוכשי הדירות בהקשר של המפרט הטכני, תקופות בדיק, פיצויים על איחור במסירת הדירות וכד.
- החוק איננו עוסק בכל היבטים החוזיים בין הקבלן לרוכש.
2. חוק המכר דירות (הבטחת השקעות של כספי רוכשים) - עוסק בסוגיית הבטחת כספי הקונה. באמצעות ערבות בנקאית של חוק המכר. יש שם מנגנון של שוברים- תיקון בעקבות פרשיית חפציבה.
- 2 החוקים הם קוגנטיים- כופים. לא ניתן להתנות עליהם בחוזה, אלא לטובת הקונה. סעיף בחוזה שסותר הוראה בחוק בטל וחסר תקף ובמקומו באופן אוטומטי תיכנס ההוראה הרלוונטית בחוק.

דוגמא: נניח שבחוזה בין קבלן לרוכש דירה נקבע כי במקרה של איחור במסירת הדירה החברה הקבלנית תפצה את הלקוח בתשלום חודשי של \$500 עד קבלת הדירה הסיף לא תופס כיוון שישנו סעיף בחוק המגדיר את גובה הפיצוי החודשי לפי אחוז משווי הנכס וזה מה שיקבע את סכום הפיצוי במידה ושווי הפיצוי על פי חישוב אחוזים גבוה יותר מ \$500

שני חוקים אלה יחד אינם מכסים את כל הסוגיות בהן עוסק חוזה מכר של דירה חדשה

בבסיס הם עוסקים בסוגיות דומות, אך בחלק לא קטן מההתניות לא מוסדרים בשני חוקים אלה. ואז נכנס לתמונה חוק שפחות מוכר בציבור "חוק החוזים האחידים"

חוק החוזים האחידים התשמ"ג 1982

ייכנס בעיקר ביחס לאותם נושאים שלא מוסדרים בחוקי המגן לעיל.

החוק לא עוסק באופן ספציפי בחוזים למכר דירות.

חוזה אחיד הוא חוזה שתנאיו כולם או מקצתם נקבעו מראש בידי צד אחד(הקבלן) כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או זהותם. סעיף 2 לחוק.

2 תנאים להגדרת חוזה כחוזה אחיד:

1. הוכן ע"י צד אחד. לרוב החברה.
 2. החוזה מוכן מראש ללקוחות בלתי מסוימים במספרם או זהותם. אין חובה לכמות (יכול לתפוס כלפי 10 רוכשים או מאות).
- טעות נפוצה אצל חלק מעו"ד המייצגים לקוחות ברכישת דירה חדשה, הם מעדיפים לא לשנות דבר בחוזה כדי ליהנות מהגנת החוזה האחיד. **זאת טעות!** כיוון שרשום בחוק "כולם או מקצתם"

גם אם שיניתי בחוזה חלק מסעיפיו במסגרת מו"מ- רק אותם תנאים או סעיפים שהצלחתי לשנות לא יחול לגביהם החוק. שאר סעיפי החוזה יחול עליהם החוק. ולכן הסברה לפיה עדיף לא להכניס הערות לחוזה סטנדרטי כדי שהחוזה ייחשב חוזה אחיד היא לא נכונה. חוזה אחיד הוא גם חוזה שחלק מתנאיו הוסכמו מראש. אותם תנאים ששונו בעקבות מו"מ אינדיבידואלי יצא מהחוזה האחיד.

הפסיקה קובעת כי מו"מ זה רק מו"מ שבעקבותיו נעשו שינויים מהותיים בתנאי או בתנאים באופן שניתן יהיה לראות את הסעיף ככזה שעוצב ע"י הצדדים. ניהול מו"מ שלא שונה בעקבותיו משהו מהותי לא ייחשב ככזה שהוציא את החוזה מהגדרת חוזה אחיד.

- **מטרת החוק:** עפי החוק מטרת החוק היא להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים. סעיף 1. **ספק** ע"פ החוק הוא מי שניסח את החוזה. במקרה של דירות הוא גם הספק מהבחינה הכלכלית. המבחן הוא מי ניסח את החוזה.

הצד השני נקרא בחוק בשם **לקוח**.

תכלית החוק היא להגן על הצד שלא ניסח את החוזה. מניחים במקרה זה שהצד שניסח את החוזה הוא בעל כח עודף על פני הלקוח. גם מבחינת כלכלית אך בעיקר עודף הכח שלו היא במומחיות ובידע שעומדים לרשותו.

ברוב המקרים לאור המומחיות והידע החוזה לא נכרת באמצעות מו"מ כמו בעסקה רגילה אלא באמצעות סוג של הכתבה. Take it or live it...

בגלל המאפיין הזה של חוזים אחידים, כבר לפני שנים רבות חשבו בארץ כי ישנו צורך במנגנון שיגן על לקוחות. מדינת ישראל היא הראשונה בעולם שאפשרה לבתי משפט להתערב בחוזים ולהגן על לקוחות, כבר בשנת 1964, לאחר מכן בשנת 1992 הוכנס תיקון חלקי לחוק ובשנת 2014 הוכנס תיקון מסיבי לחוק

תנאי מפקח וביטולו- סעיף 3 לחוק (סעיף הליבה של החוק)

לביה"ד לחוזים אחידים יש סמכות לבטל או לשנות סעיף בחוזה.

"ביהמ"ש וביה"ד יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד 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).

- פרק ב' ביה"ד לחוזים אחידים- סעיף 6 ואילך

מוקם עפ"י החוק ביה"ד לחוזים אחידים. ביה"ד יושב בביהמ"ש המחוזי בירושלים. כולל אב בי"ד וממלא מקומו. שופטים מחוזיים. יושבים בו גם חברים נוספים לרוב אנשי אקדמיה שעוסקים בדיני חוזים. תוקף פ"ד של ביה"ד הוא כמו של בימ"ש מחוזי. ערעור לעליון.

בעבר (עד לפני 11 חודשים) היו 2 הליכים בפני ביה"ד. כיום יש אחד:

1. פניה מוקדמת לביה"ד (של הספק) לאשר שם את נוסח החוזה שיאושר כי אינו מקפח כדי להיות חסינים מתביעות עתידיות. פ"ד גד חברה לבניין- קיבלו אישור מראש. לאור אילוצי- באותה תקופה משרד השיכון דרש אישור של ביה"ד כתנאי להשתתפות במכרזי משרד השיכון. ההמלצה של המרצה- לא מומלץ בעסק מסחרי רגיל ללכת לקבל אישור. ההליך הזה בוטל לפני שנה.
2. הליך לביטול תנאי מקפח (פרק ד' -חשוב!)- מי שפונה זה היועמ"ש לממשלה או הממונה להגנת הצרכן- שבמשרד הכלכלה (תמת לשעבר) או ארגון לקוחות. כשהיועמ"ש לממשלה מחליט שלספק מסוים יש תנאים מקפחים בחוזה הוא יכול לפנות לביה"ד. לרוב בעקבות פניות. לקוח פרטי לא יכול לפנות ישירות לביה"ד הוא יכול לפנות ליועמ"ש ואם הוא מחליט שישנם תנאים מקפחים בחוזה הספק הוא פונה לביה"ד בתביעה לבטל או לשנות את תנאי הספק שבגיני פנו אליו לקוחות בתלונות. תיקים ידועים- היועמ"ש נ שיכון ופיתוח. והיועמ"ש נ בית יאיר. מדובר בתיקים שהיו מהותיים עבור היועמ"ש. בעקבות ההליכים הללו ביטל ביה"ד שורה של תנאים בחוזים שהיו. זה כמוכן תופס רק כלפי הקבלנים שהיו צדדים לאותו הליך. אבל עשרות קבלנים שינו בעקבות זאת סעיפים בהסכמים שלהם.

- כשביה"ד פוסל סעיף- הפסלות היא רטרואקטיבית. אלא אם כן ביה"ד קובע באופן מיוחד כי הסעיף לא יפסל באופן רטרואקטיבי.

○ על פי סעיף 18 כל הסעיפים של הספק בחוזים שונים שלו שדומים לסעיפים שבוטלו- יבוטלו אף הם עפ"י החוק. כלומר ההשלכה היא רוחבית. כלומר ההחלטה חלה אוטומטית גם על סעיפים בהסכמים של ספקים אחרים שלא היו צד להליך.

○ סעיף 22 לחוק קובע כי חוזי המדינה אף הם חוזים אחידים- לדוג חוזי המנהל- פ"ד גרנות.

○ השאלה אם החוזה קיפח מישהו או לא היא לא רלוונטית ואין צורך שיהיה סכסוך קונקרטי.

○ סעיף 21 דיון מקביל- מה קורה אם מתקיים בו זמנית דיון על חוזה בביה"ד ובבימ"ש על מקרה ספיציפי- באופן עקרוני אף אחד לא צריך "לחכות" לשני. כל ערכאה תחליט בתחומה. סעיף 21 לחוק- דיון מקביל

○ כאשר בימ"ש בסכסוך ספיציפי קובע שהסעיף הוא תנאי מקפח- זה יתפוס רק ביחסים בין החברה ללקוח הספיציפי. להבדיל מקביעה של ביה"ד.

• מהו תנאי מקפח הגדרת תנאי מקפח היא הגדרה כללית (סעיף 3) מונח עמום

○ החלטת בה"מ העליון- כאשר הספק בחוזה פוגע בזכויות מסוימות של הלקוח כדי להגן על אינטרס אמיתי ולגטימי של הספק, אז התנאי לא יחשב/יהיה מקפח למרות שפוגע באינטרסים של הלקוח. זאת בתנאי שההגנה היא מידתית – קרי לא פוגעת מעבר לנדרש. זו ההלכה של ביהמ"ש העליון.

○ סעיף 4 לחוזה- "חזקות"- שורה של חזקות. אם תנאי בחוזה נכנס לאחד המקרים- 13 מקרים- קיימת חזקה שהסעיף מקפח. **אלא אם הספק יצליח לשכנע** שאין מדובר בתנאי מקפח. היפוך נטל הראיה. התפקיד של הרשימה של 13 החזקות הוא **כפול**:

מטרת הקביעה- להאיר לנו את המקרים והיפוך נטל הראיה (על הספק להוכיח)

חלק מהסעיפים הללו קונקרטיים וחלק כלליים

דוגמאות מהרשימה:

• סע (9) סעיף קונקרטי הקובע באיזה בה"מ ובאיזו עיר יתקיים המשפט " תנאי המתנה על הוראת הדין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך" אם מדובר על נכס מקרקעין- לעיתים הקבלן מכניס תניית שיפוט לאזור מסוים רחוק. כלומר אם זה נקבע באופן חד צדדי ע"י הספק- זה יחשב כתנאי מקפח. מותר לקבוע תניית שיפוט במו"מ בין צדדים בהסכמה כמובן.

• סע (7)-תנאי המטיל את נטל ההוכחה על הלקוח, ואלמלא אותו תנאי נטל זה לא היה מוטל עליו-בחוק המכר יש חזקות שונות לגבי אחריות הקבלן. אם הקבלן יכניס סעיף שמנסה להפוך את נטל הראיה שקבוע בדיון- סעיף זה יחשב כמקפח.

• ס"ק (1)- תנאי שפותר את הספק מאחריות המוטלת עליו בדיון- לדוג חוק המכר קובע שהקבלן אחראי בגין אי התאמה לממכר. לכן לא ניתן להתנות על זה.

• ס"ק (4) תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות על דעתו בלבד, לאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח, זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק.

• ס"ג (4) אם החוזה סוטה מהקו שקבע החוק- הוא נקבע למקפח. החוק קבע את מקום השיפוט, את נטל הראיה, את האחריות שמוטלת בספק ברוב הסעיפים הקטנים הסרגל הוא **החוק**, סטייה לרעת הלקוח או לטובת הספק יחשב כמקפח

1. המחיר- המחיר לא נחשב כתנאי מקפח. ההנחה היא שזו הליבה של החוזה- ס"ק (1) ההנחה לגבי המחיר היא כי מתנהל מו"מ והוא הליבה של החוזה בשוק של תחרות חופשית.
 2. תנאי התואם תנאים שנקבעו בחיקוק- ס"ק (2). יש הבדל בין אי קיום חוזה לבין ויתור על זכות. חוק המכר אבל קובע אם הקונה לא בחר מבין חלופות שניתנו לו, המוכר יכול לבטל את החוזה. זוהי הוראה דרקונית. אם לקונה ניתנה זכות בחירה (לדוג 4 סוגי ריצוף) – אם הלקוח לא מימש את זכות הבחירה יש לזה 2 תוצאות אפשריות והמוכר יחליט- אפשרות אחת הזכות עוברת מהקונה למוכר. זוהי תוצאה הגיונית. אפשרות שניה- אם הקונה לא מוכר- הקונה יכול לבטל את החוזה. זוהי תוצאה לא הגיונית.
- תנאי שסותר מהוראת חוק- בד"כ ייחשב כמקפח. תנאי שתואם- לא ייחשב.

○ פ"ד שיכון ופיתוח

היועמ"ש לממשלה החליט לפתוח בהליכים נגד שיכון ופיתוח. פסק הדין קובע מספר עקרונות:
סוגיות מקדמיות בפסק הדין:

1. היחס בין חקיקת המגן בתחום מכר דירות לבין חוק החוזים האחידים
מה היחס בין חוק המכר דירות וחוק המכר (הבטחת השקעות) ובין חוק החוזים האחידים? אם תנאי בחוזה סותר הוראת חוק של אחד מחוקי המכר- התנאי בטל. היות וחוק המכר דירות מטפל כבר בהוראות כאלה ולא משאיר שק"ד לבימ"ש. חוק המכר דירות קובע מפורשות אלו הוראות החוק ומי שסוטה מהם אין לזה תוקף. כלומר- אם בחוזה יהיו סעיפים שסותרים את הוראות חוק המכר דירות וחוק המכר דירות השקעות- הם בטלים. לכן אין צורך להדרש כלל לביה"ש או לחוק החוזים האחידים.
אם הוראה בחוזה מיטבה לעומת סעיפים מחוקי המכר דירות- גם אין עילה להתערב בה. אבל אומר ביה"ד יש סוגיות רבות שחוק המכר לא מטפל בהם.
ביה"ד קובע שהכנסת טיפלה אך בסוגיות ספציפיות שנראו בעיניה. אין בזה כדי להוות גושפנקא ששאר הדברים לא מטופלים. ובשביל זה יש את ביה"ד לחוזים אחידים. כלומר כל הנושאים האחרים יהיו כפופים לחוק החוזים האחידים.
2. ניהול מו"מ: האם שולל את תחולת החוק
3. תחולת החוק על הסכם מוקדם/זכרון דברים
האם החוק חל על ההסכם המקדמי/טופס שהחברה מחתימה את הקונה. החברה טענה שלא היות ואם עד לחתימת ההסכם יכול הקונה לקבל את כספו חזרה. עמדת היועמ"ש לממשלה היתה שהחוק חל. ביה"ד קיבל את עמדת היועמ"ש לממשלה. הטופס/ הסכם מוקדם החוק יחול גם עליו. הקונה כדי להשתחרר מהטופס צריך להודיע ולהשתחרר מההסכם הזה. במקרה של פסה"ד כדי להשתחרר מההסכם הקונה גם היה צריך לחתום שאין לו תביעות וטענות.
כלומר- ההסכים המקדמיים שנחתמים אצל החברות הקבלניות, ולא משנה מה שמם, כפופים לחוק המכר וחוזים אחידים. בייחוד נוכח כך שבשלב הזה רוב הקונים לא באים עם עו"ד ולכן צריך הגנת יתר.

ש.ב

לקרוא פסק דין שיכון ופיתוח

סיכום שיעור מס' 6 דיני חוזים

פס"ד שיכון ופיתוח סוגיות נבחרות

- מנגנון הצמדה חד כיווני/הגבלת בסיס
- התניית ההשבה בחתימה על מסמכי ויתור (בהסכם המקדמי)
- התניית תוקף זיכרון הדברים באישור ההנהלה
- אחריות לשינויים ותוספות
- דחיית תשלומים במקרה של מחלוקת
- זכויות בנייה לא מנוצלות
- פרוטוקול מסירה
- תשלומי מיסים (קיימים/עתידיים)
- הסרת אחריות לשומת מס הרכישה
- פיצויים מוסכמים

מנגנון הצמדה חד כיווני/הגבלת בסיס

"ירידה במדד החדש מתחת למדד הבסיסי לא תזכה את הרוכש..."-מנגנון חד כיווני ביהמ"ש טען שזהו תנאי מקפח, טוען שסותר את חזקת הקיפוח של סעיף 4(4) לחוק.

לדברי המרצה זאת טענה לא נכונה

היועץ המשפטי לממשלה קבע כי עדיין סעיף לא הוגן, הרשימה בסעיף 4 אינה רשימה סגורה ביה"ד לא פסל את הסעיף

החברה הקבלנית עובדת בסביבת עבודה נתונה והספקים איתם היא עובדת, בעיקר הבנק, עובדים באותה שיטה ... ההלוואה מהבנק עובדת באופן הזה, אבל לרוכש שלה לא תוכל להתנות כך

אחרי פסה"ד הכנסת חוקקה 4(11) תיקון תשע"ב 2011 תנאי מקפח ... מוצמד למדד כלשהו כך שירידה שלו או עליה שלו...מנגנון הצמדה שיש בו הרעה לטובת הספק נחשב מקפח, הכנסת טרחה לשנות את החוק

נכון להיום אם תנאי כזה מופיע בחוזה קבלנים הוא נחשב תנאי מקפח

התניית ההשבה בחתימה על מסמכי ויתור (בהסכם המקדמי)

הלקוח חתם על הטופס המקדמי "זיכרון דברים" או "טופס הרשמה לרכישת דירה" רשום שם שאם הלקוח יחזור בו הוא יכול לקבל את כספי הפיקדון אבל צריך לחתום על מסמך וויתור שלא יתבע בעתיד. –בית הדין קבע שזה לא הוגן, בית הדין קבע כי יחתימו את הלקוח על טופס שהוא יותר על **תלונות עתידיות ביחס לדירה** סוכם שינוכו מהסכום רק 500 שח דמי ביטול.

התניית תוקף זיכרון הדברים באישור ההנהלה.

סעיף 7 חזקת הקיפוח שמופיעה בסעיף 4(2) תנאי שמקנה לספק לבטל לדחות או לשנות את סכום החוזה, ביהמ"ש קבע שזה תנאי מקפח, החברה חייבת להגדיר מראש נהם הקריטריונים על פי הם תהיה רשאית לא להתקשר עם הלקוח או מטעמים סבירים שיפורטו.

• אחריות לשינויים ותוספות

שיכון ופיתוח אמרו שלגבי אחריות על שינויים ותוספות האחריות חלה על קבלני המשנה. ביהמ"ש פסל לפי חוק המכר דירות מוכרים ללקוח דירה ולכן האחריות כולה חלה על החברה ואין אפשרות להשתחרר מהאחריות, מנוגד לחוק המכר דירות, תקופת הבדק. בית הדין מדגיש שכל תיקון בדירה יכולות להיות לו השלכות על רכיבים אחרים בדירה ולכן יש אחריות כוללת על כל הדירה

• דחיית תשלומים במקרה של מחלוקת

מה קורה אם יש סכסוך עם החברה : ישנו חשש שהחברה עומדת לאחר במועד מסירת הדירה , האם מותר לי לעכב תשלומים? ברוב ההסכמים עם החברות ישנו סעיף שאומר שאין אפשרות כזאת ועל הלקוח לעמוד בתשלומים גם אם החברה תפר חלק מהכתוב בהסכם- הניסיון של החברה למנוע דחיית תשלומים של הלקוחות בזמן שהיא לא עומדת בהתחייבות זהו תנאי מקפח בגדול על פי החוק והפסיקה כשיש הפרה ממשית או עומדת להתרחש, רשאי הלקוח לדחות תשלומים. 4(6) תנאי השולל זכות או תרופה... צמצום זכויות הלקוח

• זכויות בנייה לא מנוצלות

החברות טוענות כי הזכויות הלא מנוצלות שייכות להן לעולם ועד בית הדין קבע : ברמה העקרונית זכותה של החברה לנצל כרצונה את זכויות הבנייה הלא מנוצלות . אבל זכויות לא מנוצלות שכבר קיימות בעת חתימת החוזים הן בגדר נכס בבעלות משותפת (אבל לא רכוש משותף)

סוגי רכוש:

- רכוש פרטי
- רכוש משותף
- רכוש בבעלות משותפת(אחוזי בנייה אלא אם כן החברה הצמידה אותן לאחת הדירות)

הדרך היחידה לחברה להשאיר ברשותה דירה בבניין ולהצמיד לה את זכויות הבנייה או למכור אותן. בית הדין קובע שלא יהיה תוקף לזה אלא אם יצוין בכל אחד מהחוזים מה הן זכויות הבנייה העודפות ולא יזיה דירה הן מוצמדות כדי שתהיה שקיפות מלאה , הדיירים ידעו מה הוא הרכוש בבעלות משותפת, קל בחומר לגבי זכויות בנייה , הלקוחות צריכים לדעת . בית הדין מחייב גם על זכויות בנייה קיימות שלא נוצלו כרגע . אם החברה רוצה להצמיד אותן לנכס או למכור חייבת לציין זאת בכל אחד מהחוזים. לעומת זאת לגבי זכויות בנייה עתידיות , זכויות הבנייה יכולות להיות משויכות לחברה עד לרגע מסירת הדירות. מרגע מכירת כל הדירות זכויות הבנייה שייכות לדיירים.

• פרוטוקול מסירה

בפס"ד שיכון ופיתוח נקבע שבזמן מסירת הדירה עושים פרוטוקול , הדייר חייב לפרט את כל הליקויים , ליקוי שהיה ניתן לגלות בבדיקה סבירה והדייר לא גילה אותו ודיווח עליו אז הסבירות היא כי הליקוי לא היה קיים.

• תשלומי מיסים (קיימים/עתידיים)

בחברות רבות מצוין לגבי מיסים קיימים בעת חתימת החוזה החברה תישא במס הכנסה וכד' , כל יתר המיסים נושא בהם הלקוח.

בית הדין אומר אתם המומחים! אתם בעלי הידע! אתם חייבים לפרט באיזה מיסים נושא הלקוח . כל מה שלא הוזכר בחוזה יחול על החברה: היטל סלילה, מיסים עירוניים, ממשלתיים, היטל השבחה וכד' כל אלה יכולים להישאר פתוחים ויחולו על החברה!

מיסים עתידיים שלא היו ידועים בעת חתימת החוזה = חצי/חצי לדוגמא אם יחול "מס אטום"

• הסרת אחריות לשומת מס הרכישה

בהרבה מאוד חוזים כתוב שעריכת שומת רכישה נעשית ע"י העו"ד של החברה כשירות ללקוח אבל לא לוקחת אחריות...

בית הדין אומר שטויות! החברה אחראית!

• פיצויים מוסכמים

כשחוזת מופר (כל חוזה) הצד הנפגע יכול לתבוע תרופות מהצד המפר, אבל חוק התרופות קובע שהצדדים יכולים אם הם רוצים לקבוע בחוזה מראש סכום של פיצויים למקרה של הפרה = פיצויים מוסכמים. מה ההיגיון בקביעת פיצויים מראש? להרתיע? לא!

המטרה לחסוך לאחד מהצדדים את הצורך להוכיח את גובה הנזק שלו, נניח שלטובתו, סכום הפיצויים שקבוע בחוזה הוא הסכום שמגיע לו (גם אם זה לא נכון) הנפגע לא חייב לתבוע את הפיצויים המוסכמים מראש, במקום זה יכול להוכיח את הנזק האמיתי ולתבוע אותו. אם אחד הצדדים תובע את הפיצויים המוסכמים יכול הנתבע לדרוש הפחתת פיצויים מוסכמים כי הם מוגזמים ביחס לנזק. בית המשפט שואל האם בעת שנכרת החוזה יכלו הצדדים לדעת מראש שבמידה ותהיה הפרת חוזה, האם יכולת להעריך שנזק שעלול להגרם הוא נזק בקנה מידה כזה. בית המשפט יכול להפחית בהנחה שהפיצויים נקבעו כפיצויים ולא כקנס. להפחיד או להרתיע.

מה הנזק שהיה אפשר להעריך בעת לחימת החוזה כנזק אפשרי

אם הנזק קבוע מראש ניתן אם מחזיקים כספים של הצד הפוגע, ניתן לקזז כיוון שסכום הפיצויים נקבע מראש. = יתרון בחיסכון עלויות הוכחה אפשר להפחית אותם רק בתנאי שאפשר להוכיח כי: בשורה של פסקי דין נקבע קריטריון: כשבחוזת קובעים פיצויים מוסכמים בגובה של 10%-20% מגובה החוזה זה לא חורג מקנה המידה של הנזק שאפשר לצפות בהתחלה כי בישראל תמיד יכול לקרות דבר שישפיע על ערך הדירה ב 10%-20% ברוב החברות הפיצויים נעים בין 10%-15% אם הקונה מפר את החוזה (לא משלם זאת הפרה יחידה) פיצויים מוסכמים של 10%-15% יגיעו לבית משפט, בית משפט לא יתערב! גם אם החברה מכרה את הדירה במחיר יקר יותר למישהו אחר, מותר לחברה לתבוע את הפיצוי המוסכם כי זה נזק שהיה צפוי מראש.

- בא היועץ המשפטי לממשלה ואמר שזה תנאי מקפח
- שיכון ופיתוח אמרה שיש שורה של פסקי דין, אמרה שעד 20% לא מפחיתים ולא מבטלים כתנאי מקפח
- אמר החוקק 2 דברים שאין ביניהם קשר, הסמכות של בית משפט להפחית פיצויים מוסכמים רק כשהסכום נחשב עונש ולא פיצוי. ענישה זה בסמכות המדינה

לעומת זאת שתנאי מקפח בחוזה אחיד מבוסס על היגיון. יש תנאי בחוזה אחיד שמגן על אינטרסים של הלקוח בלי שתהיה לזה הצדקה מספקת, במידה מוגזמת ממה שדרוש להגן על אינטרס הספק

בדיקת בית הדין: מה האינטרס הלגיטימי של החברה הקבלנית לקבוע פיצויים מוסכמים?

כדי לחסוך לעצמם עלויות הוכחת נזק כשהלקוח מפר את החוזה, הקונה הפסיק לשלם תשלומים, איזה נזקים אופייניים יגרמו לחברה? נזק מובהק ביותר, החברה תצטרך למכור במחיר נמוך יותר אם המחירים ירדו, אלא מה? זה נזק שקל להוכיח אותו, עלויות הוכחת הנזק הן אפסיות. אפילו אם לא מכרו את הדירה ויביאו שמאות ויוכחו את ירידת ערך הנזק, אינטרס חלש של נחברה, כי עלויות הוכחה עבורם קטנות. לעומת זאת הפגיעה בלקוח עצומה כי ברוב המקרים בארץ המחירים עולים, בפרקטיקה מה שיקרה: החברה לא תישא בנזק היא אפילו תרוויח וגם תהיה זכאית בפיצויים המוסכמים.

ברוב המקרים לקוחות ישלמו פיצויים בסכומים גבוהים על נזקים שלא קרו, כל זה כדי לעזור לחברה לחסוך עלות הוכחת נזק שהיא מזערית. ולכן אין הצדקה לפיצויים מוסכמים.

סוג שני של נזק

יש "OVERHEAD" הוצאות תקורה, החברה צריכה לנהל עסקת מכיר הנוספת, קשה להוכיח את הנזק כמה השקיע החברה במכירה השנייה של הדירה. הנזק של עלויות נוספות הוא וודאי ומשמעותי, מבחינת החברה קשה להוכיח ולכן כאן יש מקום לגיטימי לחברה לקבוע פיצויים מוסכמים.

סוג נזק שלישי

עלויות מימון, היה לוח תשלומים, עכשיו התשלומים יהיו מאוחרים יותר.

בית הדין אומר זה נזק שקל להוכיח והוא לא ודאי, אולי לוח התשלומים של הלקוח השני קצרים יותר?!

בית הדין קובע לסיכום: דבר גם עם עומד הסעיף בחוק התרופות לא עומד במבחן הקיפוח – חוק סעיף אחיד מגן באופן קיצוני על הספק ולא על הלקוח

בשני פסקי הדין: בית יאיר ושיכון ופיתוח ביטל בית הדין את הסכם הפיצויים המוסכמים

זה פסק דין חלוט בגלל שלא הוגש ערעור לבית המשפט העליון אין פסיקה חד משמעית

עמדת משרד המשפטים היא שזה הדין!

בחוזים בשנים האחרונות משרד המשפטים דורש לבטל רת סעיף הפיצויים המוסכמים.

אם חברה לא מבטלת מרצונה, בית הדין יאלץ אותה.

ש.ב

-עמ' 3 בסילבוס- דחיית קיום עסקאות מקרקעין

-פס"ד 6 אלטר נ' אלהני

-פס"ד 8 שוחט נ' דוביאני

סיכום שיעור מס' 7 בהיבטים חוזיים

דחיית קיום בעסקאות מקרקעין

פ"ד אלטר נ' עלהני - למשה ולינקה אלטר הייתה חנות למוצרי דיסקית ברחוב סוקולוב חולון, באותו הרחוב, קרוב יותר למרכז העיר הקבלן אלהני תכנן להקים בניין קומות עם חנויות בקומת הקרקע, הזוג אלטר פנו למר עלהני ונחתם בין הצדדים הסכם לרכישת חנות. ההסכם נחתם במאי שנת 1971. ההסכם נחתם על 95,000 לירות נקבע לוח תשלומים לעסקה. אך הסכום הגדול ביותר כ-60,000 לירות- סוכם שהזוג ישלם למוכר (עלאני) במעמד מכירת החנות של הקונים. נרשם בחוזה **שכשיצליחו** למכור את החנות יעבירו את הסכום הגדול.

התשלומים הראשונים שולמו כסדרם. אך עלאני לא התחיל לבנות במועד שנקבע. לפי החוזה החנות הייתה צריכה להימסר ב-8.72. שנה לאחר חתימת ההסכם. התחילה סדרת התכתבויות לגבי אי עמידה בלוחות הזמנים. כל צד טען שהצד השני מפר. גם הרוכשים לא הצליחו למכור את החנות שלהם בינתיים. בשנת 74 עלאני התחיל לבנות ועצר. כי לא היה לו היתר. המשך הבניה היתה בשנת 76. התחילה אינפלציה והתחילו שינויים בערך הנדל"ן. במאי 1974 אלטר הצליחו למכור את החנות אבל לא שילמו את הסכום לעלאני. כיוון שהבנייה לא התקדמה וחששו לכספם.

עם סיום הבניה הזוג אלטר רצו לשלם ולקבל את החנות החדשה. הקבלן טען שהייתה פה הפרת הסכם כיוון שהזוג לא שילם לו את הסכום במועד מכירת החנות שלהם.

השאלה- האם אי התשלום ע"י הקונים מהווה הפרת ההסכם? או שמא היתה להם עילה מספקת לדחיית התשלום לאור הנסיבות שהקבלן במועד הרלוונטי לא התקדם עם הבניה?

פ"ד שוחט - הזוג שוחט חתם הסכם לרכישת דירה מהזוג דוביאני. נקבעו 4 תשלומים בהסכם. התשלום הרביעי היה מעט יותר מרבע מהסכום (120 אלף). בין המועד של התשלום השלישי לרביעי התחייבו בהסכם להעביר את הבעלות על שם הקונים. את הקונים ייצג בזמן חתימת ההסכם האבא של הבעל. בין לבין הזוג נפרד. מי שהיה צריך לשלם את התשלום האחרון זה האבא של הבעל. לא נכתב כך בהסכם אלא הוא הבטיח לזוג. ברגע שנודע למוכרים שיש קרע בין הזוג והזוג עזב את הארץ הם חששו שהם לא יקבלו את התשלום האחרון. הקצ' בחוזה היה שסוכם כי בעלי הדירה הזוג דוביאני יבצעו העברת בעלות והסרת חזקה בתקופה בין התשלום השלישי לרביעי מסיבות לא רלבנטיות ובאופן חריג מהמקובל. הגיע המועד שהם צריכים לרשום את הבעלות על שם הקונים. בעת הזו כבר לאשה יש עו"ד משלה. המוכרים חוששים כאמור להעביר את הבעלות בנסיבות אלו. מצד שני אין פה הפרה עדיין.(בחוזה המכר לא נרשם כי על הקונים חל איסור לנסוע לחו"ל או לריב ביניהם... אבל היה ברור כי אבא של הגברת שוחט אמור לשלם את התשלום האחרון) יש חילופי מכתבים בין עוה"ד העו"ד המייצג את המוכרים פונה לעו"ד המייצג את גב' שוחט וזה עונה תשובה מגומגמת שמרשתו הבטיחה לו שיהיה בסדר... "מדאיג!!!". המוכרים לוקחים החלטה ולא מעבירים בעלות. בסופו של יום מודיע עוה"ד של הגב שוחט במרץ כי יש לו את הכסף אצלו. אבל- אומר עוה"ד של גב שוחט כי הוא לא יעביר את מלוא התשלום האחרון על סה"כ 120,2000 היות והמוכרים איחרו בהעברת הדירה על שם הקונים. בחוזה נקבע מנגנון פיצוי יומי של 150 לירות לעל יום, בגין עיכוב בהעברת הבעלות ולכן קובע עוה"ד של שוחט כי העברת התשלום האחרון תעשה בקיזוז הפיצוי עפ"י ההסכם קיזוז של 30000 לירות. העו"ד של גב' שוחט מעוניין להשלים את העסקה תמורת 90,000 שח, המוכרים מסרבים והנושא מגיע לבית המשפט.

השאלה- האם יש פה הפרת ההסכם מצד המוכרים? בהתחשב בנסיבות המתוארות לעיל? קרי- כאשר היה חשש כי הצד השני עומד להפר את ההסכם? האם ניתן להפר חוזה כשהצד השני מסתמן כמפר חוזה בגין סיבות מוצדקות לכאורה.

השאלה בשני פסה"ד- האם מותר בסיטואציות הללו לצד "התמים" לדחות את קיום ההסכם עד שהצד השני יבהיר את הענינים או יקיים את חוביו?

השאלה יכולה להתעורר ב 3 מצבי עולם שונים:

1. כאשר החוזה כבר הופר ע"י צד אחד. זה שהיה צריך לקיים את החיוב הראשון בזמן הפר את התחייבותו. כשמגיע המועד של הצד השני לקיים את חיובו – עולה השאלה האם מותר לו לדחות את קיום ההתחייבות שלו.
2. כאשר שני הצדדים צריכים לקיים את חיוביהם באותו זמן. ואחד מהם לא מקיים. האם אז הצד השני רשאי לדחות את החיוב שלו.
3. כאשר אחד הצדדים (תמים) אשר צריך לקיים חיוב עפ"י ההסכם, אולם נוצרו נסיבות שמלמדות אותו שעלולה להתרחש הפרה ע"י הצד השני. האם במצב כזה של צפי להפרה עתידית מצד הצד השני אני רשאי להפר את ההתחייבות שלי כצעד מניעתי.

ביחס למצב 2- בחיובים בד בבד:

חלק מהתשובה מצוי בסעיף 43 לחוק:

43 א:

(3) המועד לקיומו של חיוב נדחה, אם על הצדדים לקיים את חיוביהם בד בבד, הנושים ...

כלומר- כשהצדדים תזמנו את החיובים לאותו מועד בהסכם, אם צד אחד מפר, הצד השני רשאי לדחות את מועד קיום החיוב שלו.

עולות מספר שאלות- לכאורה הצדדים צריכים לקיים את חיוביהם באותו זמן. בפרקטיקה הרי אחד לא קיים. איך קובעים אז מי הצד התמים שדחה בתגובה ומי הצד המפר?

הפסיקה – פ"ד גרבי נ הייבלום- קובעת במקרה של חיובים בו זמניים, כי מה שצריך לבדוק הוא לא מי קיים ומי לא- שניהם לא קיימו, אלא צריך לבדוק מי עשה הכנות לקיום ומי עשה הכנות לסרבנות. ניתן לראות מי הכין את התשלום וכד.

ביחס למצב 1- חיובים אחד אחרי השני כשהראשון הפר

ביהמ"ש קובע שהצד השני לא רשאי להפר.

סעיף 43 א (2)- המועד לקיומו של חיוב נדחה, אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה עד שיקויים אותו חיוב....

כלומר- אם החיובים הם אחד אחרי השני, השני בזמן רשאי לדחות את הקיום של החיוב שלו כשהראשון הפר, רק אם תנאי הוא בחוזה שהחיוב השני תלוי בחיוב הראשון. ברוב המקרים זה לא נרשם במפורש בהסכם.

בפ"ד אלטר קובע ביהמ"ש כי "מי שחפץ בהתניית חבותו בקיום חיובו של רעהו ייטיב לעשות אם יאמר את דברו מפורשות בהסכם ויטרח להבהיר כוונתו".

הפסיקה עד פ"ד אלטר קבעה כי אם לא אמרו מפורש בהסכם שזה תלוי- זה עצמאי.

ביהמ"ש עד אז למד כי אם הצדדים לא קבעו מפורשות סימן שהצדדים לא ראו את התנאים כקשורים אחד בשני. זו טעות. לעיתים מדובר בשיקולים של מיסוי, תזרים מזומנים ועוד שיקולים אחרים.

בסיפור של פ"ד שוחט- נוצר כאמור מצב שהמוכר צריך להעביר בעלות. והוא צופה שתהיה בעיה. המחוקק לא חשב על אפשרות כזו.

בחוק החוזים (תרופות) יש סעיף של הפרה צפויה. הפרה צפויה מתקיימת רק כאשר מתקיים מצב ברור וודאי שעומדת להתרחש הפרה.

בנסיבות פ"ד שוחט לא היתה הפרה צפויה בוודאות ובאופן ברור.

בחוק האמריקאי יש סעיף שקובע שאם תוך כדי ביצוע החוזה מתעורר חשש סביר שהצד השני עומד להפר הוא רשאי לעשות את הפעולות הבאות (הצד החושש): 1. להפסיק לקיים את חיוביו. 2. לפנות לצד השני ולהצביע על הנסיבות שמעידות על החשש להפרת ההסכם. תן לי בטוחה נאותה. אם הצד השני נותן בטוחה שמסירה את החשש הכל חוזר כרגיל. אם הצד השני לא מגיב- זה ייחשב כאילו הפר את ההסכם מיד ואז אפשר לא לקיים את החיוב גם.

זה גם המסר של פ"ד. ביהמ"ש מאמץ את הרעיון האמריקאי. אם מתעורר חשש אני רשאי לפעול להסרת החשש. ביהמ"ש מבסס את זה על עקרון תום הלב. היום יש הצעה לדיני ממונות- שם העתיקו את הסעיף האמריקאי. כל עוד הצע"ח לא הפכה לחוק- הבסיס הוא מכח ההלכה שנפסקה בפ"ד שוחט.

השופטת בן פורת מניחה שהצדדים התכוונו שאם צד אחד הפר הצד השני יכול לדחות את הקיום. היום היה נפסק אחרת.

פסה"ד שוחט עשה 2 דברים:

1. נתן פתרון למצב בו צד רוצה לדחות קיום נוכח חשש של הפרה מטעם הצד השני.
2. הפיכה במחשבה של השופטים כי הפסיקה עד כה היתה לא נכונה.

בפ"ד של **דלתא הנדסה נ שיכון עובדים**- חברת שיכון עובדים בעלת חנות בבאר שבע ומשכירה את החנות לשנה לדלתא. בסוף השנה קיימת אופציה לרכישה לדלתא עם מחיר נקוב. דמי השכירות נקבעו מראש ומחצית שולמו בחתימת השכירות. לאחר חצי שנה היתה צריכה לשלם את המחצית השניה. דלתא איחרו בתשלום השני. שיכון ובינוי פנו כמה שבועות לאחר האיחור בתשלום ודלתא שילמו. בסוף התקופה דלתא ביקשה לרכוש את החנות בהתאם לאופציה בהסכם. שיכון עובדים טענו שלאור ההפרה שהיתה לדלתא באיחור התשלום כי האופציה כבר לא קיימת. מחירי הנדלן עלו כבר. מוגשת תביעה עי דלתא לאכוף על שיכון עובדים למכור לדלתא את החנות עפי האופציה. שיכון העלו טענה חדשה- יש פה הפרה נוספת: דלתא לא שילמו את התשלום בגין המימוש. השאלה- האם בכך ששיכון הודיעה שלא תכבד את האופציה היא הפרה את ההסכם והאם בנסיבות אלו רשאים היו דלתא לדחות את מועד התשלום בגין הרכישה. ברור שהאיחור הראשון לא מהווה הפרה.

ביהמ"ש קובע כי כשצד נכנס לחוזה, הוא מוכן לקיים את חיוביו עפ"י ההנחה הבסיסית שגם הצד השני יקיים את חיוביו. זו פעם ראשונה שביהמ"ש קובע כי זו ההנחה הבסיסית. כלומר- לא צריך לחפש תלות בין החיובים כיוון שבכל חוזה, כל צד נכנס לחוזה על בסיס ההנחה כי הצד השני יקיים. ביהמ"ש קובע שזאת עפי כללי ההגיון והשכר הישר. **הנחת היסוד היא שיש תלות בין החיובים.**

נספחים:

נספח 1 לשיעור מס' 1 שרף נ' אבער

ע"א 112/79, 226 - ישראלה שרף ו-2 אח' נ' מנחם ומרסל אבער . פ"ד לד(3), 178.

תביעה לביצוע בעין של הסכם מכר מקרקעין שנחתם ע"י הורי קטינה ללא אישור ביהמ"ש ובינתיים הגיעה הקטינה לבגרות ומסרבת לבצע את ההסכם לתקציר - מאגר סביר ע"א 112/79 ע"א 226/79

1. ישראלה שרף
2. אליעזר שרף
3. רבקה שרף

נגד

מנחם ומרסל אבער

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[12.3.80]

לפני מ"מ הנשיא ח' כהן, והשופטים מ' שמגר, א' ברק

ערעורים על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו (השופט ש' ה' לובנברג), מיום 31.1.1979, ב-ה"פ 202/78.

ב' רוזן - בשם המערערים ;

י' עצמון - בשם המשיבים

פסק-דין

מ"מ הנשיא (ח' כהן):

1. לגברת ישראלה שרף, היא המערערת מס' 1 בע"א, 226/79 מלאו ביום 18 באפריל 1978 שמונה עשרה שנים : ביום זה חדלה מהיות קטינה והיתה לבגירה.

ביום 26.5.1977 חתם אביה, הוא המערער מס' 2 בע"א 226/79, בשם בתו הקטינה, על טופס "הזמנה", ובו הזמין אצל קבלנים דירה אחת בבנין אשר הם בנו, במחיר וביתר התנאים הנקובים בהזמנה; והקבלנים אישרו בחתימתם על טופס ההזמנה את קבלתה.

ביום 19.1.1978 חתמו אביה של הקטינה ואמה, היא המערערת מס' 3 בע"א 226/79, על חוזה אשר בו התחייבה הקטינה למכור למערערים בע"א 112/79 (להלן : הקונים) את הדירה ההיא.

הורי הקטינה סירבו לקיים את החוזה עם הקונים: אביה כתב לקונים שהחוזה "אינו חוקי ולכן אינו בר ביצוע" (וזאת לאחר שהצהירו הורי הקטינה בשמה, בחוזה עצמו, כי אין כל מניעה חוקית או אחרת לחתימתם על החוזה ולביצועו). באי-כוח הקונים ראו זאת כהודעה שמחמת קטינותה של המוכרת אין החוזה ניתן לביצוע אלא באישור בית-המשפט; והם הגישו לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו ביום 15.3.1978 המרצת פתיחה ובה ביקשו את האישור הדרוש לביצוע החוזה.

בטרם היה סיפק בידי בית-המשפט לדון בבקשת הקונים, מלאו לקטינה 18 שנים כאמור, והקונים ביקשו וקיבלו רשות לתקן עתירתם שבמקום האישור ההוא יתן בית- המשפט הצהרה שהחוזה, והתחייבות הקטינה (לשעבר) על-פיו, שריר הוא וקיים ומחייב אותה. השופט המלומד דחה בקשה זו, אך חייב את הקטינה והוריה בהוצאות; ועל כך הוגשו לפנינו ערעוריהם של שני הצדדים. איחדנו את הערעורים לדון בהם כאחד.

2. כמותו כמו הקונים הבין השופט המלומד את דברי אבי הקטינה, "שההסכם הנ"ל אינו חוקי ולכן אינו בר ביצוע", לאמור שמאחר שהחוזה לא אושר בידי בית-המשפט כמצוות סעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן : החוק), אין הוא בר ביצוע. בסיכום טענותיו לפנינו מחדש לנו בא-כוח הקטינה והוריה חידוש גדול : בכותבו לקונים את אשר כתב להם לא התכוון אבי הקטינה לאי חוקיות מחמת אי קיום דרישת החוק לענין עסקות קטינים, כי אם לאי חוקיות מסוג אחר לגמרי - והיא אי חוקיות הנובעת מקשר פלילי להונות ולרמות את שלטונות המס, או משידול מצד באי-כוח הקונים, מנסחי החוזה, להונותם ולרמותם. אין אנו מוכנים להיזקק לטענה זו, כשם שאין אנו מוכנים לחטט במסמכים המונחים לפנינו שמא נגלה בהם שמץ ראייה לקשר או לשידול אשר ריח עבירה נודף מהם. שאלה זו לא נדונה בבית-המשפט המחוזי, ונושא דיונו אינו אלא פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי כמות שהוא.

3. השופט המלומד פסק - כפי שחייב היה לפסוק - לפי דעת הרוב בד"נ 17/75 (עידה נחול נגד נחום לוי, ו-2 אח', פ"ד ל 124, 122, 123, 113, 128, 129), שהתחייבותו של קטין למכור מקרקעין טעונה אישור מראש של בית-המשפט, באשר פעולה היא שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המקרקעין (סעיף 20(2) לחוק). משלא נתן לה בית-המשפט אישור כדרוש, כל עוד הקטינה דנן בקטינותה עמדה, נשארה התחייבותה בגדר הצעה בלבד, ואין לחייבה (או לחייב את הוריה) בכיבוד הצעה זו.

אומר מיד שכמאז כן עתה כסבור אני שדעת הרוב בד"נ 17/75 בטעות יסודה, ומן הטעמים שאמרתי שם (בע' 128 ואילך) ושאחזור עליהם בקיצור האומר להלן, דעתי היא שהתחייבות הקטינה שבחוזה עם הקונים תקפה היא, ומשהגיעה לפרקה, אף ניתנת לאכיפה.

4. אלא עד שאגיע לכך, ברצוני לעמוד על שיקול נוסף של השופט המלומד, והוא שמהגיעה הקטינה לפרקה בטרם היה סיפק בידי בית-המשפט ליתן את האישור המבוקש לפעולתה, אין עוד לאל ידו ליתן אישור - ולו רק משום שהחוק דורש מתן האישור "מראש" דווקא. ולא זו בלבד אלא משהגיעה לבגרותה נותן החוק "בידה להחליט אם לאשר ולקיים עסקה מימי קטינותה".

לא מצאתי בחוק כל הוראה הנותנת כוח בידי הקטין שהיה לבגיר, "לאשר ולקיים" עסקה שנעשתה מטעמו בקטינותו. הכוח היחיד אשר החוק נותן בידי קטין שהיה לבגיר הוא לבטל, תוך חודש ימים מיום הולדתו ה-18, פעולה שנעשתה שלא בהסכמת נציגו (סעיף 5(2) לחוק). מכלל הן אתה שומע לאו: אין הוא יכול לבטל פעולה שנעשתה בהסכמת נציגו, כולל פעולה שנציגו עשה מטעמו; וממילא אין הוא יכול - ואין הוא צריך - לאשר או לקיים פעולה כזאת.

ולא הרי פעולה שנעשתה בידי הקטין עצמו כהרי פעולה שנעשתה בידי הוריו מטעמו, שבו בזמן שלפעולה שנעשתה בידי עצמו אין תוקף כל עוד לא בא עליה אישור בית-המשפט באותם המקרים אשר בהם היא טעונה אישור (סעיף 7 לחוק), הרי בפעולה שנעשתה בידי הוריו לא נאמר שאין לה תוקף בלעדי אישור בית-המשפט, אלא נאמר שבלעדי האישור "אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין" (סעיף 20 לחוק). נמצא - בהנחה שהחוזה עם הקונים טעון היה אישור מראש - שההורים שהתמרו לעשותו מטעם בתם הקטינה, לא היו מוסמכים "לייצגה", או, לשון אחר, לא היו נציגיה המוסמכים; ואם לא היו נציגיה, הרי הסכמתם לא הועילה, והחוזה הוא בגדר פעולה שנעשתה שלא בהסכמת נציגו של הקטין. על חוזה זה חלה ההוראה שבסעיף 5(2) המקנה לקטין שהיה לבגיר כוח לבטלו.

5. האם ביטלה הגברת ישראלה שרף את החוזה עם הקונים תוך חודש ימים מאז היותה לבגירה?

ביום 4.5.1978, כשבועיים לאחר יום הולדתה ה-18, עשתה תצהיר בהליכים אלה ובו הצהירה (תוך השאר) לאמור:

"בחודש מאי 1977 רכשתי זכות בעלות בדירה..."

בתאריך 19 בינואר 1978, בטרם מלאו לי 18 שנה, חתמו הורי וה' מנחם ומרסל אבער על מסמך המתיימר להיות הסכם מכר בקשר לדירתי הנ"ל.

לפי מיטב ידיעתי, ההסכם לא נקשר כלל או בוטל על-ידי הורי-אפוטרופסי הטבעיים, באשר לא הופקד סכום של 29,000 דולר של ארה"ב בידי הנאמנים עם חתימת ההסכם והנאמנים לא אישרו קבלת הפקדון ולא חתמו על ההסכם.

בתאריך 18 לאפריל 1978 מלאו לי 18 שנה. לא אישרתי לפני כן ואיני מאשרת כיום כל הסכם שנעשה בין הורי כאפוטרופסי הטבעיים לבין ה' אבער בקשר לדירתי הנ"ל."

בו ביום עשו גם הורי הקטינה לשעבר תצהיר משלהם בהליכים אלה, ובו הצהירו שביטלו את החוזה עם הקונים משום שהקונים הפרו אותו, וכן "כי העיסקה חסרת תוקף וכי איננו רואים עצמנו קשורים בהסכם"; וכי לא ביקשו אישור בית-המשפט לעסקה "אשר כלל לא נקשרה או שבוטלה על-ידינו כדין". אין בתצהירם לא זכר ולא רמז לביטול העסקה על ידי בתם.

מן התצהירים הללו עולה ברורות שגם הבת וגם ההורים ראו את החוזה עם הקונים כבטל - לא מחמת שלא אושר בידי בית-המשפט, ולא מחמת שההורים לא היו מוסמכים ליצג את בתם, אלא מחמת שביטלוהו בשל הפרתו בידי הקונים: משלא הפקידו הקונים את הפיקדון שחייבים היו להפקידו עם חתימת החוזה, "לא נקשרה" העסקה כלל או בוטלה על-ידי ההורים. יש בתצהיר הבת משום אשרור מכללא של ביטול החוזה על-ידי הוריה מחמת הפרתו כאמור; ואם היא מוסיפה ומצהירה שהיא אינה מאשרת את החוזה כיום, פירוש הדבר הוא שאין היא מוחלת לקונים על הפרתו, אלא מאשרת ביטולו על-ידי הוריה. אין היא מתימרת כל עיקר להשתמש בזכות הנתונה לה לפי סעיף 5(2) לחוק.

אין ברצוני לומר שהשימוש בזכות לפי סעיף 5(2) לחוק מחייב נקיטת לשון מסוימת דווקא: יכול הקטין - שהיה לבגיר - לבטל עסקה אף בלא לנקוט לשון ביטול, ובלבד שכוונתו לבטלה באשר הגיע לפרקו ואין לו בה חפץ, משתמעת מן הלשון שנקט. מה שאין כן כשהוא רואה את העסקה בטלה בלאו הכי, ומשום כך אינו רואה כל צורך לבטלה פעם נוספת: העובדה שהוא סומך ידו על ביטולה בידי נציגו בשעת קטינותו, אינה יכולה להוציאו ידי חובתו לעשות מעשה ביטול בעצמו, אם רוצה הוא להשתמש בזכותו לפי סעיף 5(2) לחוק.

6. ואולם אפילו ננהג עם הקטינה - שהיתה לבגירה - דגן לפנים משורת הדין ונראה תצהירה כביטול החוזה מכוח זכותה לפי סעיף 5(2) לחוק, אין הדבר מועיל לה - והוא משום שהוריה שייצגוה בעשיית החוזה עם הקונים מוסמכים גם מוסמכים היו ליצגה.

לפי סעיף 7(א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, עסקה במקרקעין היא הטעונה רישום; ולפי סעיף 7(ב), שם, עסקה שלא נרשמה רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה. משמע שהתחייבות לעשות עסקה הטעונה רישום אינה טעונה בעצמה רישום: הצורך ברישום הוא המבדיל בין העסקה לבין ההתחייבות. כל אשר ההתחייבות טעונה לתוקפה, הוא, לפי סעיף 8, שם, מסמך בכתב. הקניית בעלות במקרקעין היא עסקה במקרקעין (סעיף 6, שם), ואין הקנייה זו נעשית (או "נגמרת") אלא ברישום; מה שאין כן התחייבות להקנות בעלות, שדיה למסמך בכתב ללא רישום. והדברים פשוטים וידועים לכל בר-בי-רב.

"הפעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שבית המשפט אישרן מראש", כוללות, לפי סעיף 20 לחוק, גם כל "פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק". וכבר ראינו שתוקפה של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין אינו תלוי ברישום: תקפה היא אם נעשתה במסמך בכתב. ממילא אין ההתחייבות לעשות עסקה במקרקעין - להבדילה מן העסקה עצמה - טעונה אישור בית-המשפט, אם נעשתה בידי קטין או בידי הוריו מטעמו. הוא הדין לחוזה אשר בו מתחייב הקטין לעשות עסקה הטעונה רישום: החוזה אינו טעון רישום, ועל כן אינו טעון אישור בית-המשפט אף אם נעשה על-ידי קטין או מטעמו. אלא העסקה נשוא החוזה טעונה אישור מראש של בית-המשפט, באשר היא היא הטעונה רישום; וכל עוד לא אישרה בית-המשפט, החוזה חוזה, אבל אין הוא בר ביצוע - כאמור בסעיף 1(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 - ועל כן אינו ניתן לאכיפה. למעשה, אם לא להלכה, דין "האישור מראש" לעסקה במקרקעין כדין אישור בדיעבד להתחייבות לעשות את העסקה, אלא שהחוק מחייב השגת האישור מראש, והוא אך לעסקה עצמה הטעונה רישום בלבד, ואינו מחייב השגת אישור להתחייבות.

וכך אמנם נוהגים אפוטרופסים ויועציהם הלכה למעשה, שתחילה חותמים על חוזה (או התחייבות) לעשות עסקה במקרקעין מטעם הקטין, ולאחר חתימת החוזה גם בידי הצד שכנגד, פונים הם לבית-המשפט לקבלת האישור הדרוש לביצוע העסקה. מנהג ישראל הוא, ומנהג נכון וסביר, והוא עולה בקנה אחד עם הוראות החוק. וגם לאחר פסק-דין הרוב בד"נ 17/75 לא העלה איש על הדעת שחוזים כאלה, שהם מעשי יום יום, אינם תקפים ואינם שווים את הנייר שעליו הם כתובים.

ולאחר שעיינתי עיין היטב בחוות דעתם של חברי הנכבדים, השופטים שמגר וברק, החולקים עלי בענין זה, רק נתחזקתי בדעתי שאם אין מפרשים את החוק פשוטו כמשמעו כפי שאני מפרשו, לא יהא סוף לקשיים ולתסבוכות ולסתירות בין החוק לבין חוקים אחרים - שכולם מיותרים וניתן להימנע מהם על נקלה.

7. צא וראה מה מוזרה בפי הקטינה והוריה הטענה, ומה צורמת היא את האוזן, שהחווה שעשו עם הקונים הוא בטל, ואילו החווה שעשו עם הקבלנים כשר הוא למהדרין. גם בתצהיריהם השונים וגם בחווה עם הקונים מצהירים הקטינה והוריה כי הקטינה רכשה לה, על-פי "ההזמנה" שחתם אביה בשמה, "זכות בעלות" בדירה הנדונה;

ובחווה מוסיפים הם ומצהירים עוד כי היא בעלת "הזכות המידית לרישום הבעלות בנכס בלשכת רישום המקרקעין". נמצאנו למדים שאת החווה עם הקבלנים לרכישת הדירה רואים הם, ותמיד ראו, כתקף ומחייב וחוקי ביותר, וחוסר האישור של בית-המשפט לא הפריע להם כלל; אבל גם קניית מקרקעין, כמותם כמו מכירתם, פעולה היא שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המקרקעין, ודין אחד לחווה קנייה ולחווה מכירה לענין זה.

רק כשהם רוצים לנער חוצנם מהתחייבותם שקיבלו על עצמם כלפי הקונים, נזכרים הם פתאום במזל קטינותה של בתם, ובשמחה (לאיד) פוסחים הם על שתי הסעיפים - כאילו בידיהם ניתנה הבחירה, אימתי להיבנות מקטינותה ואימתי להתעלם ממנה. האמת היא, כמובן וכמוסבר, שגם ההתחייבות לקנות שניתנה לקבלנים, וגם ההתחייבות למכור שניתנה לקונים - כשרות ותקפות הן ומחייבות את הקטינה, והאישור של בית-המשפט אינו (או לא היה) דרוש כי אם לביצוע החוזה ולגמירת העסקות בלבד.

8. משהגיעה הקטינה לבגרות, אין עוד כל צורך באישור בית-המשפט לפי סעיף 20 או לפי סעיף 7 לחוק, אף לביצוע החווה ולגמירת העסקה. אין צריך לומר שגם כריתת חוזה "פעולה משפטית" היא כמשמעותה בסעיפים 5,4 ו-7 לחוק; ואם נעשתה בידי הקטין בהסכמת נציגו, או על-ידי הוריו מטעמו מכוח אפטרופוסותם הטבעית, אין אחרי "פעולה" זו ולא כלום: אין אפשרות לבטלה כי אם בדרך, ועל-פי העילות, שמבטלים כל חוזה אחר. ובפרט אין כל כוח בידי הקטין - שהיה לבגיר - לבטל חוזה כזה מכוח בגרותו, שהרי כוחו מוגבל אך לפעולות בלבד שנעשו שלא בהסכמת נציגו. ואם הוריו עשו מטעמו חוזה שביצעו יגרום לו נזק, כי גם אז אין לו עילת תביעה נגד הוריו אלא "אם פעלו שלא בתום לב או לא נתכוונו לטובת הקטין" (סעיף 22 לחוק).

סיכומי של דבר: חוזה של קטין או של הוריו מטעמו, אף שיש בו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, מחייב את הקטין גם ללא אישור של בית-המשפט; ומשהיה לבגיר, חייב הוא לבצעו בעין אף ללא אישור של בית-המשפט. אישורו של בית-המשפט דרוש לביצוע החווה ולגמירת העסקה במקרקעין רק כל עוד הקטין קטין - והוא ראייה שמהיה לבגיר אין הוריו מיצגים אותו עוד, ואין הם זקוקים לאישור בית-המשפט כדי שיהיו מוסמכים ליצגו.

9. אומרת הקטינה - שהיתה לבגירה (בחזרה על מה שאביה טען בשמה עוד בימי קטינותה) - שאמנם זכאית היא לבטל את החווה עם הקונים, והוא באשר הפרו אותו הפרה יסודית: לא שילמו לה (או להוריה) סך 150,000 ל"י ולא הפקידו סך 29,000 דולרים, בפי התחייבותם בחווה; ונוכח פני הפרה יסודית זו כתב להם אביה את המכתב (שהבאתי לעיל) שהחווה הוא בלתי חוקי ואינו בר ביצוע, ויש לראות במכתב זה משום הודעת ביטול החווה. דא עקא שהשופט המלומד בבית-המשפט המחוזי קבע כעובדה שהקונים הציעו להורי הקטינה את התשלום ההוא ומוכנים היו להפקיד גם את הדולרים בידי נאמנים כמותנה בחווה - "אך צעד זה של ההפקדה שוב לא היה במקום, כי הרי הודיעו הורי המוכרת שהעסקה איננה בת ביצוע" (כלשון השופט המלומד). ואמנם היה בהודעה זו משום גילוי דעת מצד אבי הקטינה שהיא לא תקיים את החווה, אף אם יפקידו את הדולרים וישלמו את הלירות; וזמן פרעון הכסף היה לפי החווה רק בעת מסירת החזקה בדירה לידי הקונים.

השאלה אם הפרו הקונים את החווה אם לאו, שאלה שבעובדה היא, ואין אנו מהרהרים בכגון דא אחר מידותיו של השופט בבית-המשפט המחוזי. באין ממצא שהקונים הפרו את החווה, בוודאי אין לדבר על הפרה יסודית אשר היתה מזכה את הקטינה בביטול החווה.

10. השופט המלומד בבית-המשפט המחוזי ראה לחייב את הקטינה - שהיתה לבגירה - והוריה בהוצאות, באשר "פעלו בחוסר תום לב ברור". בערעורם לפנינו לא רק מוחים הם על האשמתם בחוסר תום לב, אלא מצדם מאשימים את הקונים בחוסר תום לב, בהחתימתם את הורי הקטינה על חוזה שלא היה סיפק בידם לקרוא ולבדוק תחילה. אין בהשמצת הקונים כדי לטהר עצמם מן הפגם שהשופט המלומד גילה בהתנהגותם; אך יהא תום לבם כאשר יהא, על כל פנים נייערו חוצנם מחווה שהתחייבו בו וחתמו עליו, ואפילו ניתן היה להצדיקם מבחינה טכנית-פורמלית שניצלוה לשם כך, עדיין רשאי היה השופט, על-פי שיקול דעתו, לחייבם בהוצאותיהם של הקונים שמצאו עצמם מפסידים על לא שום עוול בכפם.

11. אילו היתה עצתי נשמעת, היינו לא רק דוחים את הערעור 226/79 אלא מקבלים את הערעור 112/79, מבטלים פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, ומצהירים שהחווה שנעשה בין בעלי הדין ביום 19.1.1978 שריר הוא ובר ביצוע.

1. צר לי, אך איני יכול לצרף דעתי לדעתו של חברי הנכבד, השופט ח' כהן. לדעתי, משבגרה הקטינה, אין היא מחוייבת כלל בחוזה למכר מקרקעין שעשו הוריה בשמה בתקופת קטינותה, אם כי בתנאים מסוימים היא רשאית "להסכים" למעשה שנעשה, ומשנתנה "הסכמה" תהא היא זכאית ומחוייבת. משלא הסכימה הקטינה, ועל אחת כמה וכמה שעה שהביעה את התנגדותה, אין היא מחוייבת כלל ואין היא זכאית כלל. נראה לי כי זו התוצאה אליה יש להגיע על-פי הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן - חוק הכשרות), וזו אף התוצאה אשר מבחינת המדיניות המשפטית מגשימה את מטרת החקיקה שעניינה הגנה על האינטרסים של הקטין.

2. הכלל הוא כי הוריו של קטין הם אפוטרופסיו הטבעיים (סעיף 14 לחוק הכשרות) והם אף משמשים כנציגיו (סעיף 80 לחוק הכשרות). במעמד זה ניתן להם הכוח להסכים או לבטל פעולות משפטיות מסוימות הנעשות על-ידי הקטין עצמו (סעיפים 5-14 לחוק הכשרות) ואף ניתנת להם "הסמכות לייצגו" (סעיף 15 לחוק הכשרות). מכוה נציגות (סטטוטורית) זו רשאים ההורים לפעול בשמו של הקטין או למענו ופעולתם תחייב ותזכה אותו. לכלל הנציגות קבע המחוקק סייג חשוב בסעיף 20 לחוק הכשרות, בזה הלשון:

"ואלה הפעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שבית המשפט אישרן מראש:

(1) ...

(2) פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק",

נמצא, כי לענין פעולה שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על-פי חוק, אין פעולת ההורים מחייבת ומזכה את הקטין, שכן ההורים פועלים ללא סמכות.

3. במקרה שלפנינו, הקטינה לא פעלה בעצמה. אלא הוריה פעלו בשמה, הפעולה המשפטית אותה עשו ההורים היא כריתת הסכם למכר מקרקעין, בד"נ 17/75 (להלן - "פרשת נחול") נפסק ברוב דעות כי פעולה זו נתפסת בהוראת סעיף 20(2) לחוק הכשרות, ועל כן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלא אישור מראש של בית-המשפט. חברי הנכבד, השופט ח' כהן, סבר בדעת המיעוט בפרשת נחול כי העסקה האובליגטורית ("התחייבות לעשות עסקה במקרקעין") - להבדיל מהפעולה הריאלית של הרישום - אינה נתפסת ברשתה של הוראת סעיף 20(2) לחוק הכשרות, על עמדתו זו הוא חוזר בענין שלפנינו. עם כל הכבוד, החלטת הרוב בפרשת נחול נראית לי כנכונה, ולדעתו של חברי הנכבד השופט ח' כהן אין בידי להסכים. אם נקבל את השקפתו של חברי הנכבד, נרוקן את הוראת סעיף 20(2) מכל תוכן. אם הקטין קשור בהתחייבות למכור מקרקעין שנטלו בשמו הוריו, הרי הוא חייב לפצות את המתקשר השני אם הוא אינו עומד בהתחייבותו. כלום יתכן שחובה כזו תוטל על הקטין בלא אישור מראש של בית-המשפט? מה טעם יש לדרוש את אישורו של בית-המשפט לפעולת הרישום ולא לדרוש את אישורו של בית-המשפט לתשלום הפיצויים? אכן, מקובלים עלינו דבריו של פרופ' אנגלרד, אשר בהערה שכתב על פרשת נחול הוא אומר:

"ההגיון העסקי תומך במסקנת הרוב, כי מה הועלנו לקטין אם פטרנו אותו מאכיפת ההסכם, אך חייבנו אותו בתשלום פיצויים?

ואם אין לקטין די כסף לתשלום פיצויים, האם נשלים אז עם מכירה פומבית של הקרקע לשם תשלום?" (אנגלרד, "סמכות האפוטרופוס לייצג את החסוי ואישור בית המשפט", משפטים, כרך ח, 481, 479).

זאת ועוד: בית-המשפט הדן בבקשת האישור חייב לשקול את האינטרסים של הקטין בעת מתן האישור. כלום רצוי הוא כי במיגוון שיקוליו יהא על בית-המשפט לקחת בחשבון את האפשרות כי א האישור לא ינתן יחוייב הקטין בפיצויים? וכלום יתכן כי בית-המשפט יתן ידו להפרת חוזה המחייב כדין?

4. עולה מהאמור כי חוזה למכר מקרקעין אשר כרתו הוריו של קטין בשמו בלא אישור מראש של בית-המשפט אינו מחייב ואינו מזכה את הקטין. קביעה זו אין משמעותה כי פעולתם של ההורים היתה לריק וכי הם לא עשו דבר. נראה לי כי בפעולה האמורה כרתו ההורים חוזה משלהם עם הצד השני, כפי שאומר פרופ' טדסקי:

"דעתנו היא כי ההתחייבות תקפה, במובן ששום צד לחוזה האובליגטורי הנדון (האפוטרופוס והאדם השלישי) לא יוכל להתנכר להתחייבותו או לחזור בו מן ההסכם" (טדסקי, מסות במשפט, ע' 355).

משמעותו של חוזה זה היא, בין השאר, כי ההורים נוטלים על עצמם התחייבות - בין מפורשת, כפי שהדבר היה בפרשת נחול, ובין מכללא - לפנות תוך זמן סביר לבית-המשפט כדי שהלה יחליט בענין, אפילו סבורים ההורים כי העסקה שוב אינה לטובת הקטין, מן הדין הוא כי יפנו לבית-המשפט ויאפשרו לו להחליט בענין. זוהי ציפייתו הסבירה של הצד השני. ואילו הצד השני נוטל על עצמו התחייבות - מפורשת או משתמעת - לשמור על הצעתו ולא לחזור ממנה עד להחלטתו של בית-המשפט, ובלבד שהפנייה לבית-המשפט תיעשה תוך זמן סביר. כפי שאומר הנשיא (אגרנט) בפרשת נחול:

"אכן, מהעובדה שהמשיבים חתמו על המסמך הנ"ל אפשר אולי להסיק - ואינני קובע מסמרות בענין זה - שהמשיבים נתנו לעותרת התחייבות מכללא שלא לחזור בהם מההצעה (באשר לחלקי הקטינים) הכלולה בו בטרם יעבור זמן סביר לצורך פניית העותרת לבית-המשפט בבקשה למתן האישור הנדרש" (שם, ע' 123).

התחייבויות אלה ניתן אף להצדיק, אולי, על-פי חובתם של הצדדים לנהוג בביצוע החוזה שביניהם בדרך המקובלת ובתום לב (סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)), אכן, התחייבויות אלה אינן מוחלטות. משעבר הזמן הסביר - ומשכו של זמן זה תלוי כמובן בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה - וההורים לא פנו לבית-המשפט, משוחרר הצד השני מהתחייבותו, ורשאי הוא לעשות בנכס כרצונו. אין זה מוצדק לעשותו שבוי בידי ההורים. יתכן גם - ובענין זה אין לנו צורך להכריע - כי לצד השני נתונה הזכות לפיצויים נגד ההורים בגין הנזק שנגרם לו בשל מחדלם של ההורים לפנות לבית-המשפט. שאלה חשובה היא אם הצד השני רשאי הוא עצמו, לפנות לבית-המשפט בבקשה כי ינתן האישור הנדרש, כפי שאכן עשו הקונים בענין שלפנינו. סעיף 20 לחוק הכשרות קובע את הצורך באישורו של בית-המשפט, אך אין הוא מציין מי רשאי לפנות לבית-המשפט לשם קבלתו. הבעיה התעוררה בע"א 349/64 (נעמי אילון, ו-2 אח'), בתורת אפוטרופסי שלמה עמיר, חולה-נפש נגד שרה עמיר, ו-5 אח', פ"ד יח (4) 756, 754), ושם הביע חברי הנכבד, השופט ח' כהן את דעתו, כי אין הצד השני רשאי לפנות לבית-המשפט. כנגד השקפה זו ניתן לומר כי הצד השני הוא צד מעונין, ויש לו אינטרס לגיטימי לדעת אם הוא קשור עדיין בעסקה שעשו עמו ההורים אם לאו. זאת ועוד: מה טעם יש למנוע מהצד השני פנייה ישירה לבית-המשפט, ותחת זאת לאלץ אותו לבקש צו עשה כנגד ההורים, שיתכבדו ויפנו לבית-המשפט בעצמם. אכן, הענין אינו נקי מספיקות, וכמו חברי הנכבד, השופט ח' כהן בע"א 349/64 הנזכר, אף אני אומר כי "מאחר והמערערים לא עוררו טענה זו לא לפני בית-המשפט המחוזי ולא לפנינו, הגעתי למסקנה שאין זה ענין אשר בית-המשפט חייב לעוררו ביזמתו שלו" (שם, ע' 756).

5. על רקע מצב משפטי זה מתעוררת השאלה, העומדת במרכזו של ערעור זה, מה הדין אם בטרם נתקבל אישורו של בית-המשפט - אך גם בטרם נתקבל סירובו - מלאו לקטין 18 שנה והוא היה לבגיר, דומה כי לא יכול להיות ספק בדבר ששוב אין מקום לפנות לבית-המשפט לשם קבלת האישור על-פי סעיף 20 לחוק הכשרות. משבגר הקטין, שוב אין הוריו משמשים כנציגיו. הקטין עומד על רגליו, ואין הוא זקוק לא להוריו ולא לבית-המשפט כדי להחליט אם העסקה טובה בעיניו אם לאו. כפי שראינו בטרם בגר לא היה הקטין קשור בכל חוזה למכר מקרקעין, ופעולות הוריו לא חייבו ולא זיכו אותו. מכיון שכך, אין הוא קשור בכל חוזה אף בבגרותו. אין הבגרות יוצרת יש מאין. אם ברצונו של הקטין שבגר להיות צד לפעולה שנעשתה למענו בקטינות, עליו לעשות מעשה של קיבול, אשר רק הוא עשוי לשכלל חוזה בינו לבין הצד השני. אמרתי "עשוי לשכלל חוזה", שכן לא תמיד ישתכלל החוזה אפילו הביע הקטין שבגר את רצונו בכך, שהרי לשם שכלולו של החוזה דרושה הצעה של הצד השני, והצעה זו לא לעולם תעמוד. הסכמתו של הקטין שבגר תשתכלל לכדי חוזה רק אם היא נעשית בגבולות הזמן הסביר, אשר לגביו התחייב הצד השני כלפי הורי הקטין לשמור את הצעתו פתוחה. אם הקטין שבגר מאחר בפעולתו, עשוי הצד השני לחזור בו, ופעולתו של הקטין שבגר לא תהא אלא הצעה בלבד, אשר הצד השני יוכל לקבלה או לדחותה. עם זאת נראה לי כי אין בגרותו של הקטין מפסיקה את מירוץ הזמן הסביר, ואין בה כדי לשחרר את הצד השני מהצעתו. ציפייתו הסבירה של הצד השני היתה לעסקה עם הקטין, ומשמוכן זה במסגרת הזמן הסביר - להגשים ציפייה זו, מדוע יוכל הצד השני להתנכר לכך? היש לצד השני אינטרס מוגן להתקשר עם קטין דווקא? והיש לו ציפייה סבירה לאישור בית-המשפט דווקא?

עולה מהאמור, כי אם הצעתו של הצד השני עדיין עומדת, רשאי הקטין, בגבולות הזמן הסביר, לעשות קיבול. לשם כך דרושה גמירת דעת של הקטין להתקשר עם הצד השני בחוזה לפי הצעתו (סעיף 5 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן - חוק החוזים)). הקיבול יכול שייעשה על-ידי מעשה ולעיתים אף שתיקה יכול שתהווה קיבול, אך בכל מקרה תנאי הוא כי התנהגותו של הניצע תעיד על גמירת דעתו להתקשר בחוזה. אם הקטין מגלה דעתו, עם בגרותו, כי מטעם זה או אחר, אין הוא רואה עצמו קשור בחוזה, שוב אין לומר כי גמר בדעתו להתקשר בחוזה. כפי שמציין חברי הנכבד, השופט ח' כהן, בענין שלפנינו ראתה הקטינה את החוזה עם הקונים כבטל, הן לפני שבגרה והן מיד לאחר מכן. מכיון שכך, אין לומר כי עשתה מעשה כלשהו של קיבול. לענין זה אין נפקא מינה מה הניע את הקטין שבגר שלא לעשות קיבול, ואין כל חשיבות לכך אם הוא הגיע למסקנה זו משום שההצעה אינה לרוחו, או משום שסבר בטעות כי המציע חזר בו מהצעתו והפר התחייבותו כלפי ההורים. די בעצם העובדה שקיבול לא נעשה כדי לשלול קיומו של חוזה המחייב כדין בין הקטין שבגר לבין הצד השני. על כן נראה לי כי בדין פסק בית-משפט קמא כי אין הוא מוכן להצהיר כי בין הצדדים קיים חוזה המחייבם כדין.

6. התוצאה אליה הגעתי עשויה, במבט ראשון, להיראות כקשה כלפי הצד השני אשר התקשר עם ההורים, והיא עשויה לכאורה לפגוע ברצונם של מתקשרים פוטנציאליים להתקשר עם הורים הפועלים בשם קטינים. אף אם זו התוצאה, אין מנוס ממנה, שכן עלינו להגשים את המטרה החקיקתית המונחת ביסודו של סעיף 20 לחוק הכשרות, עליה עמד הנשיא (אגרנט) בפרשת נחול באומרו:

"אין ספק, כי בנקטו לשון זו, היתה לנגד עיני המחוקק הדאגה להגן, בנוגע לפעולות כאלה, על האינטרסים של קטינים עד כדי כך, שראה להבטיח שלא תהיה נפקות כלשהי לאלו מהן, בלי שעברו קודם את הבקורת של בית-המשפט והוא נתן להן אישור מראש" (שם, ע' 122).

ובהמשך אומר הנשיא (אגרנט) :

"יתכן כי מסקנתי בדבר האופי 'ההצעת' שנשאה העסקה הנ"ל בשלב שלפני מתן האישור של בית-המשפט, השלכתה היא, להקשות על אנשים, שיש להם ענין בכך, לעשות עסקות בדבר רכישת זכויות קטינים במקרקעיהם. אולם, יש להסיק שהמחוקק היה ער לקושי הזה אך סבר שלגבי שטח ענינים זה דרוש לקבוע הסדר שיהיה בו כדי להבטיח מראש, ככל האפשר, לבל ייפגעו האינטרסים של קטינים" (שם, ע' 124).

כשלעצמי, אין אני סבור שדין זה עשוי להרתיע מתקשרים פוטנציאליים מלהתקשר עם הוריו של קטין. נראה לי כי מתקשרים כאלה, בידועם את הדין, יכולים להבטיח עצמם, במידת מה, כנגד הסיכונים שבאי מתן אישור מטעם בית-המשפט או באי מתן קיבול על-ידי הקטין שבגר. דבר זה הם יכולים לעשות בהתקשרות שהם מתקשרים עם ההורים, על-ידי כך שיקבלו מההורים התחייבות אישית לפיצויים או לאכיפה (אם הדבר אפשרי) אם הקשר החוזי עם הקטין לא יתגשם.

7. בטרם אסיים ברצוני להעיר שתי הערות, האחת לענין דברים שאמר חברי הנכבד השופט ח' כהן בפסק-דינו בעניננו, והאחרת לענין דברים שאמר הנשיא (אגרנט) בפרשת נחול.

(א) חברי הנכבד, השופט ח' כהן, מבחין, לענין פעולה הנתפסת ברשתו של סעיף 20 לחוק הכשרות, בין המקרה בו פעל הקטין בעצמו לבין המקרה בו פעל נציגו בשמו (פסקה 4 לפסק-הדין). להבחנה זו אני מסכים, בכל הכבוד, אך בעיני התוצאות המתבקשות מכך בכלל, ובעניננו בפרט, שונות מאלה שחברי גורס.

1. מקום שקטין התקשר בעצמו עם הצד השני, "אין תוקף לפעולה כל עוד לא בא עליה אישור בית המשפט" (סעיף 7 לחוק הכשרות). נראה לי כי הקונסטרוקציה המשפטית היא, כי בין הקטין לבין הצד השני נעשה חוזה, אך לחוזה זה אין תוקף כל עוד לא בא אישורו של בית-המשפט. לפנינו, איפוא, חוזה ובו תנאי מתלה - אישורו של בית-המשפט - כאמור בסעיף 27 לחוק החוזים (ראה אנגלרד, "חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב-1962", פירוש לחוקי החוזים (בעריכת ג' טדסקי), ע' 57; חוברת עדכון, תשל"ח, ע' 15), משמעות הדבר היא, כי שני הצדדים אינם רשאים לחזור בהם מהפעולה, ו"זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף לפני שנתקיים התנאי" (סעיף 27(ג) לחוק החוזים), אם כי אין הם זכאים לאכוף אותו זה על זה. עליהם להמתין זמן סביר לקיומו של התנאי (אישור בית-המשפט). עבר הזמן הסביר, והחוזה מתבטל (סעיף 29 לחוק החוזים). תוצאה זו רצויה היא, שכן היא מגשימה את הציפייה הסבירה של שני הצדדים, בלי לפגוע בכללי הכשרות המשפטית. אם בתוך אותו זמן סביר בגר הקטין, שוב אין אפשרות לפנות לבית-המשפט. מה גורלו של החוזה? בענין זה מקובלים עלינו דבריו הבאים של פרופ' אנגלרד:

"הפתרון המתקבל על הדעת הוא, כי עם בגירותו של אדם (שהיא גם סיום אפוטרופוסות וסיום הגבלת הכשרות), הוא רוכש את כל הסמכויות שהיו נתונות בידי אחרים בגלל קטינותו. אישורו בא, איפוא, במקום אישור בית המשפט על כל תוצאותיו. ההגיון מחייב, כי סירובו לאשר הינו בעל אותה משמעות כסירוב בית המשפט. עד להכרעתו תוקף הפעולה אינו שלם, בדיוק כמו פעולה המצפה להחלטת בית המשפט" (שם; ע' 61).

הבגרות אינה יכולה להפוך חוזה שאינו כשר - שכן לפעולות הקטין "אין תוקף" - לחוזה כדת וכדין. על כן קטין שבגר אינו קשור בחוזה שעשה בקטינותו, אלא אם כן הוא מאשר אותו. אין לקטין כוח לבטל את החוזה תוך חודש ימים לאחר שהיה לבגיר על-פי סעיף 5(2) לחוק הכשרות, שכן באין אישור אין חוזה מחייב כדין, וכוח הביטול הנתון לקטין על-פי סעיף 5(2) לחוק הכשרות תופס רק לענין חוזה המחייב את הקטין כדין. על כן אפילו היינו אומרים כי בעניננו נעשה החוזה על-ידי הקטינה עצמה ולא על-ידי הוריה, לא היה בכך כדי לשנות את התוצאה, שכן לא את ביטול הפעולה יש לחפש אלא את אישורה, ואישור כזה אינו בנמצא.

2. בענין שלפנינו לא פעלה הקטינה בעצמה, אלא הוריה פעלו מטעמה. מכיון שהם פעלו ללא סמכות - בהעדר אישור מראש של בית-המשפט - אין הקטינה קשורה בחוזה כלשהו. מכיון שכך, איני רואה כיצד ניתן לומר, כפי שאומר חברי הנכבד השופט ח' כהן, כי "החוזה הוא בגדר פעולה שנעשתה שלא בהסכמת נציגו של הקטין. על חוזה זה חלה ההוראה שבסעיף 5(2) המקנה לקטין שהיה לבגיר כוח לבטלו". אם ההורים פעלו ללא סמכות, אין כל חוזה המחייב את הקטינה, שהרי זו לא פעלה בעצמה. באין חוזה כאמור, אין כל תחולה להוראות סעיף 5(2) לחוק הכשרות, כאמור, אפילו פעלה הקטינה בעצמה, לא היה מקום לביטול הפעולה בבגרותה, אלא יש צורך באישור הפעולה על-ידי הקטינה.

3. התוצאה המתבקשת מניתוח דברים זה היא, כי בין אם הקטינה פעלה בעצמה, ובין אם הוריה פעלו בשמה, אין הפעולה מחייבת את הקטינה שבגרה, אלא אם כן "הסכימה" לפעולה. "הסכמה" זו היא אישור הפעולה - אם הקטינה פעלה בעצמה, או קיבול ההצעה - אם ההורים פעלו בשמה. בכך מושגת סימטריה משפטית מלאה במישור האנאליטי, מוגשמת כוונת החקיקה להגן על האינטרסים של הקטין מבלי שצורת ההתקשרות - אם פעל בעצמו או נציגו - תהא מכרעת, וניתנת הגנה אפשרית לצד השלישי, הרשאי לבקש אחריות אישית של ההורים.

(ב) בפרשת נחול ציין הנשיא (אגרנט) כי "המסמך שעליו חתמו העותרת והמשיבים ביום 29.8.71 - והוא הדין באשר לתוספת שעליה חתמו בשנת 1972 - אין לראותו אלא כהצעה גרידא, שלא היה בכוחה לחייב את הקטינים" (ע' 123). בכך אימץ לעצמו הנשיא את דעתו של השופט קיסטר בדיון הראשון בפרשת נחול. אומר השופט קיסטר:

"אפילו כאשר ישנו חוזה חתום על-ידי האפוטרופוס והקונים, הרי שמבחינתו של הקטין אין לראות את החוזה אלא כהצעה שאינה מחייבת את הקטין, כל עוד לא ניתן לחוזה אישור מבית-המשפט על-פי סעיף 20(2) הנ"ל" (ע"א 217/75 (בחום ו-אלישבע לוי נגד עידה נחול, ואח', פ"ד כט 309, 314, 317), בע' 314).

זו היתה גם דעתו של השופט י' כהן באותה פרשה, אשר אמר:

"מבחינתו של קטין, חוזה סעיף 20 לחוק חל עליו ושנחתם לפני מתן אישור על-ידי בית-המשפט אינו אלא כהצעה, שאינה מחייבת את הקטין. על-כן כאשר בית-המשפט דן בשאלה, אם לאשר או לא לאשר 'חוזה' מעין זה שהוא בבחינת הצעה בלבד, עליו לבדוק, אם העיסקה היא לטובת הקטין לפי המצב הקיים בעת מתן האישור" (שם, ע' 317).

קונסטרוקציה זו קשה היא. הקטין עצמו לא הציע כל הצעה, ואילו הוריו אינם מוסמכים להציע הצעה - במובנה המקובל על-פי חוק החוזים - בשמו. מי הציע איפוא את ההצעה? אישור בית-המשפט חייב להינתן מראש, וקשה על כן לראות בו הסמכה למפרע של ההורים להציע הצעה בשם הקטין. זאת ועוד, אם אכן עומדת הצעה של הקטין, ואף קיים קיבול של הצד השני, הרי לכאורה עם מתן אישורו של בית-המשפט צריך להשתכלל חוזה למפרע. למרות זאת קבע הנשיא (אגרנט) כי "עם מתן האישור של בית-המשפט ביולי 1973, הפך המסמך הנ"ל להיות הסכם המחייב את הקטינים, וזאת רק מכאן ואילך, להבדיל מהיותו בעל תוקף לגביהם למפרע" (שם, ע' 123). על קושי זה עמד פרופ' טדסקי, אשר ציין, בהתייחסו לביטוי "הצעה", המופיע בפסק-הדין בפרשת נחול כי:

"במונח זה חוזר פעמים רבות בפסק-דינו של הנשיא, השופט אגרנט, שאימץ אותו מפסק-דין קודם של השופט קיסטר, אבל לא יתכן להבינו לפי משמעותו הטכנית הרגילה (כלומר, הצהרה חד-צדדית שעל ידה פונה פלוני (יזום החוזה) לאלמוני ושממנה נובעת לאלמוני היכולת לשכלל את החוזה). המלה הנ"ל בפי השופטים אגרנט וקיסטר - פירושה המסתבר הוא אחר: 'תכנית' שהיא אמנם משותפת לשני הצדדים ובכל זאת נטולת נפקות משפטית. לפיכך, בהוראת סעיף 3(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 אין תימוכין לדברי השופט אגרנט, שאולי בעל 'הצעה' כזאת הנדונה לא יוכל לחזור בו ממנה אם התחייב מכללא לכך כי בהוראה זו מדובר בהצעה לפי משמעות המונח הטכנית המקובלת, שעה שההצעה מכוונת לחוזה תקף, לא ב'הצעה' כמשמעותה בפסק דינו של נשיא בית המשפט העליון" (טדסקי, מסות במשפט, ע' 355).

ויכוח זה אינו סמנטי גרידא, אלא נודעות לו תוצאות מעשיות חשובות. אם נקבל את תיאורית ההצעה, הרי עם אישורו של בית-המשפט משתכלל חוזה. לעומת זאת, אם אין לפנינו הצעה של הקטין, הרי אישורו של בית-המשפט אך מעניק סמכות להורים, אשר צריכים עדיין לבצע מעשה של קיבול (ראה אנגלרד, "סמכות האפוטרופוס לייצג את החסוי ואישור בית המשפט", שם ע' 483). דומה כי מבחינת המדיניות המשפטית עדיפה דעתו של הנשיא אגרנט, שכן אין זה רצוי כלל כי לאחר אישור בית-המשפט יוכלו ההורים שלא לקבל את ההצעה. אך במקרה זה, האין זה רצוי כי החוזה יהיה בעל תוקף למפרע? אכן, השאלה קשה היא, ונוכל להשאירה בצריך עיון. בענייננו לא בא כלל אישור בית-המשפט, ו"הצעת" הקטין, אפילו זו קיימת, לא נשתכללה לידי חוזה בטרם בגר הקטין. אין הצד השני יכול לקבל הצעה זו לאחר בגרותו של הקטין, שכן הנחת היסוד היא שההצעה אינה תופסת - שכן ניתנה על-ידי קטין - כל עוד לא אושרה. עם בגרותו של הקטין מחליף אישורו של הקטין את אישורו של בית-המשפט, ובאין אישור כאמור, אין חוזה, ואישור כאמור לא היה בענין שלפנינו.

הייתי דוחה את ערעור הקונים, ומטעמו של חברי הנכבד, השופט ח' כהן, הייתי אף דוחה את ערעורה של הקטינה. התוצאה היא, שאילו דעתי היתה נשמעת, היינו דוחים את שני הערעורים ומשאירים את החלטתו של בית-משפט קמא על כנה.

השופט שמגר

1. מקובלת עלי ההשקפה לפיה מה שטעון אישור מראש על-ידי בית-המשפט איננו רק הרישום בפנקס המתנהל על-פי חוק אלא העסקה האובליגטורית המולידה את הצורך בפעולת הרישום ומשמשת לה יסוד, ולענין זה איני נוטה להתוות חיץ בין תחולתו של האמור בסעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן - חוק הכשרות) על עסקה במקרקעין לבין תחולתו על התחייבות לעשות עסקה כאמור. שקלתי שקול היטב את האבחנה המוצעת על-ידי חברי הנכבד, מ"מ הנשיא (ח' כהן), כפי שבאה לידי ביטוי בדבריו בתיק זה ועוד לפני כן בד"נ 17/75 נחול נגד לוי, בע' 128, אך עם כל הכבוד, לא אוכל להצטרף לדעתו לענין זה.

2. כל פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו, ואם לא ניתנה ההסכמה ניתנת הפעולה לביטול, כאמור בסעיף 5 לחוק הכשרות. הפעולות המשפטיות התקפות הנוגעות לקטין מחולקות, על-פי החוק הנ"ל מבחינת תוצאותיהן המשפטיות, לשלושה סוגים עיקריים אלה:

(א) פעולה משפטית של קטין שנעשתה ללא הסכמת נציגו ושהיא תקפה ואינה ניתנת עוד לביטול, יהא זה בשל כך שלא בוטלה תוך המועדים שנקבעו לכך בסעיף 5 לחוק או יהא זה בשל כך שזו פעולה כאמור בסעיף 6 רישא לחוק שאין בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו;

(ב) פעולה משפטית של הקטין הטעונה הסכמת נציגו של הקטין והיא תקפה בשל כך שהיא לא בוטלה כאמור בסעיף 5 מאחר והנציג אכן נתן הסכמתו;

(ג) פעולה משפטית הטעונה אישור בית-המשפט, שאכן אושרה כאמור. לענין פעולה מן הסוג השלישי אותה ביקש הקטין לבצע בעצמו, ללא נטילת אישור, קובע סעיף 7 לחוק הכשרות, כי אין לה תוקף כל עוד לא בא עליה האישור. הווה אומר, היא אינה מתבטלת כתוצאה מהעדרו של האישור אלא נעדרת תוקף מעיקרה. פעולה משפטית הטעונה רק הסכמת נציגו של הקטין, אך נעשתה על-ידי הקטין ללא הסכמה כאמור, אמנם ניתנת לביטול, אך איננה בטלה בשל כך מעיקרה.

האמור בסעיף 20 לחוק הכשרות - אשר למבנהו עוד נשוב - בא ליצור סייגים לגבי פעולות מוגדרות הדורשות הפעלת פיקוח ושיקול דעת של ערכאה שיפוטית.

הפסקה השנייה לסעיף 20 שנדונה לצורך נשוא ערעור זה אינה מתיחסת לרישום אלא לפעולה שתוקפה תלוי ברישום. מבחינת סיווג הנושאים עליהם ביקשו להחיל את דרך הפיקוח המיוחדת האמורה אין ההתייבות לעשות עסקה במקרקעין אלא שלב בדרך אל השלמת העסקה במקרקעין וגמירתה; וראה לענין זה גם את סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, המציג את החלוקה האמורה לשלבים מנקודת הראות של דיני המקרקעין. הווה אומר, אין יסוד להניח שהמחוקק ראה לאבחן, לענין זה, בין התייבות לעשות עסקה שמתכוונים לקיימה לבין זו אליה איננה צמודה כוונה כאמור. ואם כך הדבר, הרי יש להניח שלא ראה בהתייבות לעשות עסקה במקרקעין אלא שלב המוליך את העסקה במקרקעין המסתיימת ברישום; אין לגלות מדוע ירצה המחוקק להתנות את העסקה במקרקעין או את הרישום בלבד בקבלת האישור מבלי שיבקש לתת דעתו להתייבות שהולידה אותם ואשר יצרה את החיוב הראשוני והבסיסי המתגבש לבסוף ברישום. אף מקובלת עלי ההנמקה המובאת בדברי פרופ' יצחק אנגלרד (משפטים כרך ה, ע' 481, 479) ושצוטטה גם על-ידי חברי הנכבד, השופט ברק, לפיה לא תהיה תועלת מבחינת המטרה שאותה בא סעיף 20 לשרת אם יפטרו את הקטין מן האכיפה, אך יחייבוהו בפיצויים. איה אז ההגנה אותה ביקש המחוקק לפרוש על הקטין?

הוראה כגון זו שבסעיף 20 אין לפרשה בצמצום יתר אלא בדרך הבאה לקיים מטרתה, והיא קיום פיקוח אפקטיבי בשורה של נושאים אשר להם עשויה או עלולה להיות השלכה משמעותית על נכסיו של הקטין; ולענין זה אין נפקא מינה אם המדובר בעסקה במקרקעין או בהתייבות לעשות עסקה כאמור, והמלים שבסעיף 20 ("פעולה שתקפה תלוי ברישום") אינן אלא בגדר תיאור כולל להתייבויות לסוגיהן - על שלביהן הטבעיים - הנשלמות ברישום כאמור בסעיף זה.

סיכומו של דבר, הנני מסכים לדעת חברי הנכבד, השופט ברק, כי סעיף 20(2) חל גם על התייבות לעשות עסקה במקרקעין כדוגמת החוזה נשוא ערעור זה.

3, ניסוחו של סעיף 20 יוצר מיניה וביה קושי פרשני: מהותה של הבעיה היא כי לאור ניסוחו של סעיף 20 לחוק הכשרות קשה לישם את העקרונות בדבר כריתת חוזה המותווים בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן - חוק החוזים). במה דברים אמורים. כפי שצינו לעיל, נובע מן האמור בסעיף 7 לחוק הכשרות כי אין תוקף לפעולה משפטית של קטין או של נציגו הטעונה אישור של בית-המשפט, כל עוד לא ניתן האישור האמור. נוסח דברים זה בלבד עדיין היה מותר מקום למסקנה כי יכול ותיווצר בכל מקרה התקשרות תקפה בין הקטין או נציגו לבין צד שני; לשון אחר, נותר כאילו מקום לסברה כי נקשרה עסקה אובליגטורית, אולם לא ניתן לבצעה או לאכוף ביצועה כל עוד לא בא עליה אישור בית-המשפט. אולם סעיף 20 לחוק הכשרות קובע כי אין ההורים מוסמכים ליצג את הקטין בפעולות משפטיות מוגדרות, בלי שבית-המשפט אישר פעולה זו מראש(הוראה דומה מובאת בסעיף 47 לגבי האפוטרופוס על-פי מינוי). הווה אומר, האישור של בית-המשפט איננו בא בעקבות הפעולה המשפטית, בין אם זו עסקה אובליגטורית ובין אחרת, אלא קודם לה ומשמש בגדר תנאי מוקדם. לגבי התקשרות חוזית מן הסוג שסעיף 20 לחוק הכשרות חל עליה נובע מן האמור בסעיף 20 כי המניעה העולה מן הרישום לסעיף 20, פירושה כי אין ההורים מוסמכים ליצג את הקטין על-ידי העלאת הצעה בת תוקף, אשר קיבולה יכול להביא לכריתת חוזה. המציע אמנם רשאי לחזור בו מן ההצעה לניצע ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול; אולם אם המציע איננו חוזר בו מן ההצעה או אם קבע שהצעתו היא ללא חזרה או קבע מועד לקיבולה, ובא קיבול להצעה, הרי נקשרה התייבות מחייבת והרי את זאת ביקש סעיף 20 למנוע, כאשר דרש את האישור מראש.

למותר להדגיש, כי מבחינת הבעיה בה אנו דנים כאן, אין נפקא מינה אם מדובר על עסקה במקרקעין או על התייבות לעשות עסקה במקרקעין.

לאור האמור לעיל, נוצר קושי מסויים בקבלת ההשקפה אשר באה לידי ביטוי בדבריהם של חלק מן השופטים בד"נ 17/75 הנ"ל, כאילו יש לראות בפעולות ההורה משום הצעה המוגשת לאישורו של בית-המשפט. אם בהצעה המדובר, הרי זו מופנית כמובן לצד השני ולא לבית-המשפט, ואם הצעה היא, הרי חלות לגביה, כמוזכר לעיל,

הוראותיו של פרק א מחוק החוזים, אלא אם כן תאמר כי מדובר על הצעה sui generis, המותאמת להוראותיו של סעיף 20 הנ"ל בלבד, אך דומני כי אין למצוא בחוק החוזים יסוד לקביעת הצעה מסוג חריג כמתואר.

השאלה הנ"ל איננה רק תיאורית אלא משולבת בקושיה הנגררת, והיא מה כוחה המחייב של הצעה המועלית על-ידי הורה כלפי צד שני, ומה הדין אם ההורה יתקשר עם צד שני ולא יפנה לבית-המשפט כדי לבקש אישור. הקטין איננו יכול להתחייב אלא אם כן ניתן האישור מראש על-ידי בית-המשפט, ולענין זה אין המעמד של נציגיו שונה ממצבו של הקטין עצמו, אם מדובר בנושאים אשר סעיף 20 הנ"ל חל עליהם. במלים אחרות, האפוטרופוס הכורת חוזה כשם קטין איננו יכול לחייב את הקטין במקרה בו דרוש אישור מראש של בית-המשפט (פרט לנסיבות יוצאות הדופן אשר סעיף 21 דן בהן וראה גם סעיף 49). זאת ועוד, האפוטרופוס הטבעי, או זה שפועל על-פי מינוי, איננו צד לחוזה, אלא רק חתם עליו כנציגו של הקטין, ואם אין להתקשרות תוקף, אין לכאורה אפשרות לפנות לבית-המשפט כדי לאכוף את ביצועה.

מתוך הערה של חברי הנכבד, השופט ברק, עולה כי יכול ותיווצר התקשרות מכללא, בין ההורים לבין הצד השני, להביא העסקה לאישורו של בית-המשפט, היינו כי ניתן ללמוד מעצם עריכת ההסכם בין נציגי הקטין לבין הצד השני על קיומה של התחייבות מקבילה ותקפה כאמור. נראה לי כי יש קושי מסויים בהנחה האמורה וזאת לאו דווקא בשל כך שההורים אינם בעלי דברו של הצד השני לחוזה, כי חתמו על מה שחתמו כאפוטרופוסיו של הקטין ולא בשמם הם, אלא בשל כך שקשה להסיק בנסיבות כגון אלה, ובהעדר תניה מפורשת בקשר לכך. שאכן נתקיימו התנאים הקבועים בסעיף 2 לחוק החוזים (השווה סעיף 6 לחוק החוזים הדין בקיבול בדרך ההתנהגות). מאידך גיסא, יש עתה כבר הסדר כחוק החרות בדבר חובתו של הנציג להחזיר כל תמורה שנתקבלה בידיו במסגרת העסקה, אם זו לא אושרה בבית-המשפט (חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979). מכל מקום, השאלה אם ניתן וצריך להחיות את תורת ה- implied contract במסגרת התחומים שתוחמו בפרק א לחוק החוזים או מכוח הוראותיו של סעיף 26 לחוק הנ"ל היא שאלה נכבדה שהייתי משאירה בצריך עיון. (השווה Shalev. Administrative Contracts. (1970) Isr. L.R. (Gabriela 445, 461 n.53).

קושי אחר מתעורר לדעתי בענין ישום הוראותיהם של סעיפים 27-29 לחוק החוזים להתקשרות בין קטין או נציגו לבין צד שני, כאשר מדובר על עסקה הטעונה אישורו של בית-המשפט: אם האישור של בית-המשפט הוא תנאי מוקדם לשכלולו של החוזה אשר בלעדיו אינו תקף (פרופ' ג' טדסקי, "חוזה שלביצועו דרושה הסכמת אדם שלישי", הפרקליט לב, 298, 296) אין מניעה לכאורה ליישומם לאמור בסעיף 20 רישא לחוק הכשרות; אם מפרשים מאידך גיסא את הוראותיו של סעיף 29 לחוק החוזים כפשוטן, יכול ותעלה הסברה כי על אף התנאי המתלה נוצרה התקשרות מחייבת, המתבטלת רק אם התנאי לא נתקיים. החלופה הפרשנית השנייה אינה משתלבת עם הדרישה לאישור מראש, כלשון סעיף 20 הנ"ל.

למותר להוסיף, כי אם לא נקשרה התחייבות בין נציגו של הקטין לבין הצד השני, בטרם הובא הענין לאישור בית-המשפט, הרי ממילא אין לראות על יסוד מה יוכל הצד השני לפנות לבית-המשפט כדי לדרוש את האישור לפי סעיף 20, כאשר הנציג לא עושה כן.

3. אינני סבור כי עלינו להתוות כאן פיתרון שלם לבעיה הנובעת מכך שנוסחו של סעיף 20 לחוק הכשרות לא משתלב, מבחינת הוראותיו המהותיות, בהוראותיו של חוק החוזים.

בקווים כלליים אומר רק, כי נציגו של קטין המתקשר עם צד שני איננו מעלה הצעה, כמשמעותה בחוק החוזים - שהרי אחרת יכול לבוא בעקבותיה קיבול - אלא מביע הצהרת כוונות, כגון זו המקובלת, למשל, בעולם העסקים (השווה דברי פרופ' י' אנגלרד במשפטים, כרך ח, ע' 479). בעקבות הצהרת הכוונות (כגון זו שלפיה בכוונת נציגי הקטין למכור חלקה פלונית שהיא בבעלותו של הקטין), מעלה הצד השני הצעה, וזו ההצעה המובאת לאישור מראש של בית-המשפט. נתן בית-המשפט את האישור, הרי הסמיך בכך את הנציג לבצע את הקיבול של ההצעה של הצד השני. מערכת יחסים זו היא שצריכה לבוא לידי ביטוי במסמך הכתוב המכיל את הצהרת הכוונות מחד גיסא ואת הצעת הצד השני, מאידך גיסא, המובאת לאישורו של בית-המשפט.

אשר לשאלה המשפטית-מעשית המתיחסת להבאת הפעולה לאישורו של בית-המשפט, הרי מוטב אם בפרקטיקה המשפטית יוסר כל ספק ולא תהיה הסתמכות על התחייבויות מכללא. התחייבותם של ההורים, שלפיה עליהם להביא את ההצעה של הצד השני לאישורו של בית-המשפט, יכולה לבוא לידי ביטוי על-ידי צירופם כבעלי דבר בגוף המסמך ועל-ידי הכללת תניה מפורשת בדבר הבאת הנושא לאישורו של בית-המשפט. בדרך זו תיווצר התקשרות אובליגטורית מפורשת בענין האישור בין ההורים לבין הצד השני.

4. בכפופות להערותי הנ"ל הנני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי הנכבד, השופט ברק.

הוחלט פה אחד לדחות את הערעור 112/79, וברוב דעות לדחות את הערעור 226/79.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, כד באדר תש"ם (12.3.19)

להורדת הקובץ בפורמט וורד לחץ כאן

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962

מעמד אישי ומשפחה – כשרות משפטית

תוכן ענינים

42	Go	פרק ראשון: כשרות משפטית	
42	Go	כשרות לזכויות ולחובות	סעיף 1
42	Go	כשרות לפעולות משפטיות	סעיף 2
42	Go	קטינות ובגירות	סעיף 3
42	Go	פעולות של קטין	סעיף 4
42	Go	ביטול פעולות של קטין	סעיף 5
42	Go	סייג לביטול פעולות	סעיף 6
42	Go	פעולות בטלות	סעיף 6א
43	Go	פעולות טעונות אישור בית המשפט	סעיף 7
43	Go	הכרזת פסלות	סעיף 8
43	Go	פעולות של פסול דין	סעיף 9
43	Go	ביטול ההכרזה	סעיף 10
43	Go	חישוב גיל	סעיף 11
43	Go	חזקת תאריך הלידה	סעיף 12
43	Go	שמירת דינים	סעיף 13
43	Go	המרת דתו של קטין	סעיף 13א
44	Go	פרק שני: הורים וילדיהם הקטינים	
44	Go	מעמד ההורים	סעיף 14
44	Go	תפקידי ההורים	סעיף 15
44	Go	חובת ציות הקטין	סעיף 16
44	Go	קנה מידה לחובת ההורים	סעיף 17
44	Go	שיתוף בין ההורים	סעיף 18
45	Go	הכרעת בית המשפט	סעיף 19
45	Go	פעולות טעונות אישור בית המשפט	סעיף 20
45	Go	הגנת צד שלישי	סעיף 21
45	Go	אחריות ההורים	סעיף 22
45	Go	הכנסות הקטין ונכסיו	סעיף 23
45	Go	הסכם בין הורים החיים בנפרד	סעיף 24
45	Go	קביעת בית המשפט באין הסכם בין ההורים	סעיף 25
45	Go	הורה שאינו מסוגל למלא חובתו	סעיף 26
46	Go	שלילת האפוטרופסות או הגבלתה	סעיף 27
46	Go	אפוטרופוס בנוסף על הורה	סעיף 28
46	Go	זכותם של הורים שכולים	סעיף 28א
46	Go	בקשה בעניין קשר בין קטין ובין הורי הוריו	סעיף 28ב
46	Go	הורה שאפוטרופסותו הוגבלה	סעיף 29
46	Go	סייגים לסעיפים 28, 29	סעיף 30
47	Go	נכסים שאינם בהנהלת ההורים	סעיף 31
47	Go	שמירת דינים	סעיף 32
47	Go	פרק שלישי: האפוטרופוסים על פי מינוי	
47	Go	אימתי יתמנה אפוטרופוס	סעיף 33
47	Go	מי יכול להיות אפוטרופוס	סעיף 34
47	Go	עדיפות בבחירת האפוטרופוס	סעיף 3
48	Go	שמיעת החסוי על ידי בית המשפט	סעיף 36
48	Go	הסכמת האפוטרופוס	סעיף 37

48	Go	תפקידי האפוטרופוס לקטין ולפסול דין	38 סעיף
48	Go	תפקידי של אפוטרופוס אחר	39 סעיף
48	Go	פטור ממזונות	40 סעיף
48	Go	קנה מידה לאפוטרופוסות	41 סעיף
48	Go	הקשר עם החסוי	42 סעיף
48	Go	ציות להוראות האפוטרופוס	43 סעיף
48	Go	הוראות בית המשפט	44 סעיף
48	Go	מינוי אפוטרופוסים אחדים	45 סעיף
48	Go	דין אפוטרופוסים משותפים	46 סעיף
49	Go	סמכויות האפוטרופוס ואישור בית המשפט	47 סעיף
49	Go	פעולות שיש בהן ניגוד אינטרסים	48 סעיף
49	Go	הגנת צד שלישי	49 סעיף
49	Go	השקעות	50 סעיף
49	Go	פרטה	51 סעיף
49	Go	הוראות בנוגע לשומה	52 סעיף
50	Go	חשבונות דו"ח ומתן ידיעות	53 סעיף
50	Go	בדיקת דו"חות	54 סעיף
50	Go	הוצאות האפוטרופוס	55 סעיף
50	Go	שכר האפוטרופוס	56 סעיף
50	Go	אחריות האפוטרופוס	57 סעיף
50	Go	ערובה	58 סעיף
50	Go	מימוש הערובה	59 סעיף
51	Go	התפטרות האפוטרופוס	60 סעיף
51	Go	פיטורי האפוטרופוס	61 סעיף
51	Go	פקיעת האפוטרופוסות	62 סעיף
51	Go	סיום תפקידו של האפוטרופוס	63 סעיף
51	Go	הוראת צוואה של הורה החסוי או בן זוגו	64 סעיף
51	Go	האפוטרופוס הכללי כאפוטרופוס	65 סעיף
51	Go	אפוטרופוס שהיה פגם במינויו	66 סעיף
51	Go	אפוטרופוס למעשה	67 סעיף
52	Go	ועדה לעניני אפוטרופוסות לנפגעי שואה	סעיף 67א
52	Go	פרק רביעי: הוראות שונות	
52	Go	סמכות כללית לאמצעי שמירה	68 סעיף
52	Go	מעמד היועץ המשפטי לממשלה	69 סעיף
52	Go	מעמדו של עובד סוציאלי	70 סעיף
53	Go	שמירת דינים	71 סעיף
53	Go	מעמדם של קרובים	72 סעיף
53	Go	שינוי החלטות	74 סעיף
53	Go	סמכות מבחינה בין לאומית	76 סעיף
54	Go	משפט בינלאומי פרטי	77 סעיף
54	Go	בית המשפט המוסמך	78 סעיף
54	Go	שמירת דינים ושיפוט	79 סעיף
54	Go	הגדרות	80 סעיף
54	Go	הוראות מעבר	81 סעיף
54	Go	ביטולים	82 סעיף
54	Go	ביצוע ותקנות	83 סעיף
54	Go	תחילת תוקף	84 סעיף

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962*

פרק ראשון: כשרות משפטית

כשרות לזכויות ולחובות

1. כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו.

כשרות לפעולות משפטיות

2. כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט.

קטינות ובגירות

3. אדם שלא מלאו לו 18 שנה הוא קטין; אדם שמלאו לו 18 שנה הוא בגיר.

פעולות של קטין

4. פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו; ההסכמה יכולה להינתן מראש או למפרע לפעולה מסויימת או לסוג מסויים של פעולות. יכול נציגו של קטין לבטל הסכמתו לפעולה כל עוד לא נעשתה הפעולה.

ביטול פעולות של קטין

5. פעולה משפטית של קטין שנעשתה שלא בהסכמת נציגו ניתנת לביטול –

(1) על ידי נציגו, ואם אין לקטין נציג – על ידי היועץ המשפטי לממשלה, תוך חודש ימים לאחר שנודע להם על הפעולה;

(2) אם לא נודע לנציג או ליועץ המשפטי לממשלה על הפעולה – על ידי הקטין, תוך חודש ימים לאחר שהיה לבגיר.

סייג לביטול פעולות

6. פעולה משפטית של קטין שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה, וכן פעולה משפטית בין קטין לבין אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין, אינה ניתנת לביטול כאמור בסעיף 5, אף שנעשתה שלא בהסכמת נציגו, אלא אם היה בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו.

פעולות בטלות

* פורסם ס"ח תשכ"ב מס' 380 מיום 17.8.1962 עמ' 120 (ה"ח תשכ"א מס' 456 עמ' 170).

תוקן ס"ח תשכ"ה מס' 452 מיום 18.3.1965 עמ' 114 (ה"ח תשכ"ד מס' 614 עמ' 222) – תיקון מס' 1.

ס"ח תשל"א מס' 600 מיום 30.7.1970 עמ' 125 (ה"ח תשל"א מס' 871 עמ' 78) – תיקון מס' 2.

ס"ח תשל"ג מס' 676 מיום 4.1.1973 עמ' 32 (ה"ח תשל"ב מס' 982 עמ' 163) – תיקון מס' 3.

ס"ח תשל"ו מס' 790 מיום 1.1.1976 עמ' 50 (ה"ח תשל"ה מס' 1202 עמ' 434) – תיקון מס' 4.

ס"ח תשל"ח מס' 883 מיום 18.1.1978 עמ' 65 (ה"ח תשל"ז מס' 1270 עמ' 52) – תיקון מס' 5 בסעיף 25(ג) לחוק האפוטרופוס הכללי תשל"ח-1978; תחילתו שישה חודשים מיום פרסומו.

ס"ח תשמ"א מס' 1028 מיום 28.5.1981 עמ' 297 (ה"ח תשמ"א מס' 1533 עמ' 336) – תיקון מס' 6 בסעיף 38 לחוק אימוץ ילדים תשמ"א-1981.

ס"ח תשמ"ג מס' 1080 מיום 31.3.1983 עמ' 79 (ה"ח תשמ"ג מס' 1581 עמ' 207) – תיקון מס' 7.

ס"ח תשמ"ה מס' 1140 מיום 3.4.1985 עמ' 81 (ה"ח תשמ"ד מס' 1653 עמ' 90) – תיקון מס' 8 בסעיף 13 לחוק הירושה (תיקון מס' 7), תשמ"ה-1985; תחילתו ביום 1.1.1989 כאמור בק"ח תשמ"ט מס' 5136 מיום 25.9.1988 עמ' 33 – צו תשמ"ט-1988.

ס"ח תשנ"ה מס' 1537 מיום 7.8.1995 עמ' 397 (ה"ח תשנ"ה מס' 2330 עמ' 153) – תיקון מס' 9 בסעיף 15 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995; ר' סעיף 27 לענין הוראות מעבר.

ס"ח תשנ"ו מס' 1593 מיום 12.5.1996 עמ' 363 (ה"ח תשנ"ד מס' 2271 עמ' 451, ה"ח תשנ"ו מס' 2449 עמ' 239) – תיקון מס' 10 בסעיף 10 לחוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 2), תשנ"ו-1996; תחילתו ביום 2.3.1997. תוקן ס"ח תשנ"ו מס' 1599 מיום 21.8.1996 עמ' 378 (ה"ח תשנ"ו מס' 2553 עמ' 853) – תיקון מס' 2 (תיקון מס' 1).

ס"ח תשס"ב מס' 1849 מיום 13.6.2002 עמ' 423 (ה"ח תשס"ב מס' 3073 עמ' 230) – תיקון מס' 11.

ס"ח תשס"ד מס' 1947 מיום 30.6.2004 עמ' 432 (ה"ח הכנסת תשס"ד מס' 34 עמ' 35) – תיקון מס' 12.

ס"ח תשס"ה מס' 1993 מיום 3.4.2005 עמ' 274 (ה"ח הכנסת תשס"ה מס' 63 עמ' 69) – תיקון מס' 13.

ס"ח תש"ע מס' 2234 מיום 17.3.2010 עמ' 423 (ה"ח הכנסת תש"ע מס' 300 עמ' 84) – תיקון מס' 14; תחילתו 30 ימים מיום פרסומו. ס"ח תשע"א מס' 2264 מיום 9.12.2010 עמ' 77 (ה"ח הממשלה תש"ע מס' 507 עמ' 1058) – תיקון מס' 15 בסעיף 7 לחוק להחלפת המונח פקיד סעד (תיקוני חקיקה), תשע"א-2010.

ס"ח תשע"ב מס' 2333 מיום 23.1.2012 עמ' 142 (ה"ח הכנסת תשע"א מס' 388 עמ' 178) – תיקון מס' 16 בסעיף 1 לחוק כתובת נוספת למשלוח דואר לקטין (תיקוני חקיקה), תשע"ב-2012; ר' סעיף 4 לענין תחילה.

ס"ח תשע"ב מס' 2369 מיום 17.7.2012 עמ' 513 (ה"ח הכנסת תשע"ב מס' 450 עמ' 128) – תיקון מס' 17.

6א. פעולה משפטית של קטין שהיא רכישת נכס באשראי או במקח-אגב-שכירות, שכירות נכס או קבלת שירות באשראי, אין לה תוקף, על אף האמור בסעיפים 5 ו-6, כל עוד לא באה עליה הסכמת נציגו; לענין סעיף זה, "אשראי" – לרבות תשלום בשיעורים.

פעולות טעונית אישור בית המשפט

7. פעולה משפטית של קטין טעונית אישור בית המשפט אם היתה טעונית אישור כזה אילו נעשתה בידי נציגו; ואין תוקף לפעולה כל עוד לא בא עליה אישור בית המשפט.

הכרזת פסלות

8. אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לענינים, רשאי בית המשפט, לבקשת בן-זוגו או קרובו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, ולאחר ששמע את האדם או נציגו, להכריזו פסול-דין.

פעולות של פסול דין

9. על פעולה משפטית של מי שהוכרז פסול-דין יחולו, בשינויים המחוייבים, הוראות הסעיפים 4 עד 7.

ביטול ההכרזה

10. אדם שהוכרז פסול-דין, רשאי בית המשפט, לבקשתו, לבקשת בן-זוגו או קרובו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו, ולאחר ששמע את פסול-הדין, לבטל את הכרזת הפסלות אם מצא שההכרזה לא היתה מוצדקת או שהתנאים להכרזה חדלו להתקיים.

חישוב גיל

11. כל מקום שמדובר בו, בניב כל שהוא, באדם בגיל פלוני, ייחשב גילו מתחילת היום בו הוא נולד, והוא כשאין כוונה אחרת מפורשת או משתמעת; יום מתחיל עם שקיעת החמה של היום שלפניו ונגמר עם שקיעת החמה של אותו יום.

חזקת תאריך הלידה

12. ידועה שנת לידתו של אדם ולא ידוע יום לידתו, חזקה שנולד באחד בניסן של אותה שנה; ידוע חודש לידתו של אדם ולא ידוע יום לידתו, חזקה שנולד ביום החמישה עשר של אותו חודש.

שמירת דינים

13. הוראות פרק זה אינן חלות על כשרותו של אדם לפעולות הקובעות או משנות את מעמדו האישי, ואינן גורעות מכל דין הקובע לענין פלוני גיל כשרות או תוצאות של שלילת כשרות או הגבלתה או הקובע תוצאות של הצהרת מוות.

המרת דתו של קטין

13א. (א) לא תומר דתו של קטין אלא אם שני הוריו נתנו מראש הסכמתם בכתב או שבית המשפט, לפי בקשת אחד ההורים או לפי בקשת אפוטרופסו של הקטין, אישר מראש את המרת הדת.

(ב) מלאו לקטין 10 שנים, לא תומר דתו אלא אם, נוסף על הסכמת הוריו או אישור בית המשפט לפי סעיף קטן (א), נתן גם הוא מראש הסכמתו בכתב.

(ג) לא תומר דתו של קטין אלא בדת של הוריו או של אחד מהוריו או של אדם שהקטין היה סמוך על שולחנו, מתוך כוונה לאמצו, בששת החודשים שקדמו להגשת הבקשה להמרת הדת, ובתנאי שבית המשפט שוכנע כי ההמרה דרושה לשם אימוצו של הקטין בידי אותו אדם לפי חוק אימוץ ילדים תשמ"א-1981.

(ד) המרת דתו של קטין בניגוד להוראות סעיף זה – אין לה תוקף משפטי.

פרק שני: הורים וילדיהם הקטינים

מעמד ההורים

14. ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים.

תפקידי ההורים

15. אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.

חובת ציות הקטין

16. הקטין חייב, תוך כיבוד אב ואם, לציית להוריו בכל ענין הנתון לאפוטרופסותם.

קנה מידה לחובת ההורים

17. באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין.

שיתוף בין ההורים

18. (א) בכל ענין הנתון לאפוטרופסותם חייבים שני ההורים לפעול תוך הסכמה; הסכמתו של אחד מהם לפעולתו של רעהו יכולה להינתן מראש או למפרע, בפירוש או מכללא, לענין מסויים או באופן כללי; וחזקה על הורה שהסכים לפעולת רעהו כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר. בענין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מההורים לפעול על דעת עצמו.

(ב) (1) גוף המנוי הן בתוספת לחוק זה והן בתוספת לחוק עדכון כתובת, התשס"ה-2005 (בסעיף זה – חוק עדכון כתובת), ומחויב על פי הוראות כל דין למסור מידע בכתב להורה בעניין ילדו הקטין, ישלח את המידע גם לכתובת הנוספת למשלוח דואר לקטין כאמור בחוק עדכון כתובת;

(2) גוף המנוי בתוספת לחוק זה ואינו מנוי בתוספת לחוק עדכון כתובת, המחויב על פי הוראות כל דין למסור מידע להורה בעניין ילדו הקטין, שקיבל מהורה של קטין הודעה בכתב על רצונו לקבל את המידע בנפרד מהמידע שנמסר להורהו האחר, ימסור את המידע גם להורה המבקש.

(ג) עם קבלת הודעה בכתב כאמור בסעיף קטן (ב)(2) או קבלת בקשה לרישום כתובת נוספת כאמור בסעיף 2א לחוק עדכון כתובת (בסעיף זה – בקשה), ישלח גוף המנוי בתוספת או פקיד הרישום כהגדרתו בחוק האמור, לפי העניין, הודעה על הבקשה למען הרישום של הקטין.

(ד) לא ישלח ולא ימסר מידע בעניין קטין על ידי גוף המנוי בתוספת או על ידי פקיד רישום כהגדרתו בחוק עדכון כתובת, אם הורה או גורם אחר המציא להם החלטה של בית משפט שלפיה נשללה או הוגבלה לעניין זה האפוטרופסות של ההורה שהגיש את הבקשה, או החלטה של בית משפט המונעת את מסירת המידע כאמור לאותו הורה.

(ה) שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי, בצו, לשנות את התוספת.

¹ ר' רבדים לעניין תאריכי התחילה של תיקון מס' 16.

הכרעת בית המשפט

19. לא באו ההורים לידי הסכמה ביניהם בענין הנוגע לרכוש הקטין, רשאי כל אחד מהם לפנות לבית המשפט והוא יכריע בדבר. לא באו ההורים לידי הסכמה ביניהם בענין אחר הנתון לאפוטרופסותם, רשאים הם יחד לפנות לבית המשפט, ובית המשפט, אם לא עלה בידו להביאם לידי הסכמה ואם ראה שיש מקום להכריע בדבר, יכריע הוא בעצמו או יטיל את ההכרעה על מי שימצא לנכון.

פעולות טעונות אישור בית המשפט

20. ואלה הפעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שבית המשפט אישרן מראש:

- (1) העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה;
- (2) פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק;
- (3) נתינת מתנות, זולת מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות הענין;
- (4) נתינת ערבות;
- (5) פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו, זולת קבלת מתנות הניתנות לקטין.

הגנת צד שלישי

21. פעולה של הורים הטעונה אישור לפי סעיף 20(5) תהא בת-תוקף אף באין אישור אם נעשתה כלפי אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהיא טעונה אישור.

אחריות ההורים

22. ההורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או לא נתכוונו לטובת הקטין; הם לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לרכושו של הקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופסותם, אם פעלו בתום לב ונתכוונו לטובת הקטין.

הכנסות הקטין ונכסיו

23. קטין הסמוך על שולחן הוריו ויש לו הכנסות מעבודתו או מכל מקור אחר, הכנסותיו ישמשו, במידה נאותה לפי הנהוג בנסיבות דומות, לקיום משק הבית המשפחתי ולסיפוק צרכי הקטין עצמו; אולם נכסיו של הקטין לא ישמשו למטרות אלה, אלא במידה שבית המשפט אישר שההורים אינם יכולים לקיים את משק הבית המשפחתי ולספק צרכי הקטין.

הסכם בין הורים החיים בנפרד

24. היו הורי הקטין חיים בנפרד – בין שנישואיהם אוינו, הותרו או הופקעו בין שעדיין קיימים ובין שלא נישאו – רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין, ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בקטין לבוא עמו במגע; הסכם כזה טעון אישור בית המשפט והוא יאשרו לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין, ומשאור, דינו – לכל ענין זולת ערעור – כדין החלטת בית המשפט.

קביעת בית המשפט באין הסכם בין ההורים

25. לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את הענינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת.

הורה שאינו מסוגל למלא חובתו

26. הורה שאינו מסוגל למלא חובותיו לפי פרק זה בנוגע לרכושו של ילדו הקטין, או מזניח חובות אלה, או שנשקפת ממנו סכנה לרכושו של הקטין, רשאי בית המשפט להורות שיחולו עליו, בשינויים המחוייבים, ההוראות החלות על אפוטרופסות לפי הסעיפים 44, 50 עד 54, 58 ו-59, כולן או מקצתן.

שלילת האפוטרופסות או הגבלתה

27. הורה של קטין שבית משפט שלום נקט כלפיו בדרך האמורה בסעיף 3(3) או (4) לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960, רשאי בית המשפט לשלול ממנו את אפוטרופסותו על הקטין או להגבילה. הוא הדין אם הוכח להנחת דעתו של בית המשפט כי נתמלאו התנאים שבהם היה בית משפט שלום נוקט כלפי ההורה בדרך האמורה.

אפוטרופוס בנוסף על הורה

28. מת אחד ההורים, תהא האפוטרופסות על הקטין להורה השני; ואולם רשאי בית המשפט, בנוסף על אותו הורה, למנות לקטין אפוטרופוס באופן כללי או לענינים שיקבע בית המשפט; והוא הדין אם אחד ההורים הוכרז פסול-דין, או שאינו מסוגל למלא חובותיו לפי פרק זה, או שבית המשפט קבע, בהחלטה מנומקת, כי ההורה נמנע, ללא סיבה סבירה, מלמלא את חובותיו האמורות, כולן או מקצתן או שהאפוטרופסות לקטין נשללה ממנו על ידי בית המשפט, וכן אם אחד ההורים אינו ידוע, או שלא היה נשוי להורה השני ולא הכיר בקטין כבילדו.

זכותם של הורים שכולים

28א. מת הורה של קטין, רשאי בית המשפט, אם ראה שהדבר הוא לטובת הקטין, להחליט בבקשת הורי המת בעניין הקשר בינם ובין הקטין.

בקשה בעניין קשר בין קטין ובין הורי הוריו

28ב. (א) בית המשפט רשאי, אם ראה שהדבר הוא לטובת הקטין, להחליט בבקשת הורי הוריו בעניין הקשר בינם ובין הקטין.
(ב) בקשה לפי סעיף זה ולפי סעיף 28א תוגש לבית המשפט בדרך של בקשה ליישוב סכסוך ותופנה ליחידת הסיוע שבבית המשפט; שר המשפטים יקבע הוראות בעניין דרך הגשת הבקשה והדיון בה.

הורה שאפוטרופסותו הוגבלה

29. הוגבלה אפוטרופסותו של אחד ההורים, רשאי בית המשפט, בנוסף על ההורים, למנות לקטין אפוטרופוס לענינים שיקבע.

סייגים לסעיפים 28, 29

30. לא ימנה בית המשפט אפוטרופוס בנוסף על הורה, אלא אם ראה סיבה מיוחדת לכך לטובת הקטין ולאחר שניתנה הזדמנות להורה להשמיע טענותיו; מונה אפוטרופוס כאמור, יחולו הוראות הסעיפים 45 ו-46 בשינויים המחוייבים.

נכסים שאינם בהנהלת ההורים

31. מי שהקנה לקטין נכס במתנה או בצוואה והתנה שניהול הנכס יהיה בידי אחד מהורי הקטין בלבד או בידי אדם זולת הורי הקטין, תנאו קיים על אף האמור בפרק זה; צויין אדם זולת ההורים לנהל נכס כזה, יחולו עליו הוראות הפרק השלישי, כולל סעיף 64.

שמירת דינים

32. הוראות פרק זה אינן גורעות מחובת ההורים לתשלום מזונות לילדיהם הקטינים לפי הוראות חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959.

פרק שלישי: האפוטרופוסים על פי מינוי

אימתי יתמנה אפוטרופוס

33. (א) בית המשפט רשאי למנות אפוטרופוס –

- (1) לקטין ששני הוריו מתו או שהוכרזו פסולי-דין או שהאפוטרופוסות לקטין נשללה מהם לפי סעיף 27, או הוגבלה לפי סעיף 29 או שהם אינם מסוגלים למלא כלפי הקטין את חובותיהם לפי הפרק השני או שהם נמנעים, ללא סיבה סבירה, למלא את חובותיהם האמורות, כולן או מקצתן;
- (2) לקטין – בנסיבות האמורות בסעיף 28 או בסעיף 29;
- (3) לפסולי-דין;
- (4) לאדם אחר שאינו יכול, דרך קבע או דרך ארעי, לדאוג לעניניו, כולם או מקצתם, ואין מי שמוסמך ומוכן לדאוג להם במקומו;
- (5) לאדם שאין עדיין אפשרות לזהותו;
- (6) לעובר.

(ב) בקשה למינוי אפוטרופוס לאדם יכול שתוגש בידי בן זוגו או קרובו או בידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו.

מי יכול להיות אפוטרופוס

34. יכול להתמנות אפוטרופוס אחד מאלה:

- (1) יחיד;
- (2) תאגיד;
- (3) האפוטרופוס הכללי;
- (4) ועדת אפוטרופוסות לנפגעי השואה לגבי נפגעי השואה שהרכבה:
 - (1) נציג משרד הבריאות;
 - (2) נציג גוף המטפל בעניני נפגעי השואה.

מינה בית המשפט תאגיד להיות אפוטרופוס, רשאי הוא לקבוע יחיד שיבצע את תפקידי האפוטרופוס מטעם התאגיד.

35. (א) בית המשפט ימנה לאפוטרופוס מי שנראה לו בנסיבות הענין מתאים ביותר לטובת

החסוי.

(ב) במינוי אפוטרופוס לקטין לפי סעיף 33(א)(1) ייתן בית המשפט עדיפות לאדם מתאים שהוא בן משפחתו של הקטין, אלא אם כן מצא כי בנסיבות הענין יהיה זה לטובת הקטין למנות לו אפוטרופוס שאינו בן משפחתו; בסעיף קטן זה, "בן משפחה" – אח, אחות, הורה של הורה, אח או אחות של הורה, בן זוג או בת זוג של הורה.

שמיעת החסוי על ידי בית המשפט

36. לפני מינוי האפוטרופוס ישמע בית המשפט את דעת החסוי אם הוא מסוגל להבין בדבר וניתן לברר דעתו.

הסכמת האפוטרופוס

37. לא יתמנה אפוטרופוס אלא מי שהביע לבית המשפט את הסכמתו לכך.

תפקידי האפוטרופוס לקטין ולפסול דין

38. אפוטרופוס של קטין חייב לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן חייב הוא בשמירת נכסי הקטין, ניהולם ופיתוחם; הוא רשאי להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו והוא מוסמך לייצגו; והכל אם לא הגביל בית המשפט את תפקידי האפוטרופוס. והוא הדין בשניויים המחוייבים, באפוטרופוס של פסול-דין.

תפקידיו של אפוטרופוס אחר

39. אפוטרופוס שאינו של קטין או של פסול-דין חייב לדאוג לענינים שנמסרו לו על-ידי בית המשפט.

פסור ממזונות

40. אין במינוי אדם כאפוטרופוס כדי לחייבו במזונותיו של החסוי.

קנה מידה לאפוטרופוסות

41. במילוי תפקידיו חייב האפוטרופוס לנהוג לטובת החסוי כדרך שאדם מסור היה נוהג בנסיבות הענין.

הקשר עם החסוי

42. בעניני האפוטרופוסות חייב האפוטרופוס לשמוע את דעת החסוי אם הוא מסוגל להבין בדבר וניתן לברר דעתו.

ציות להוראות האפוטרופוס

43. החסוי חייב למלא אחרי הוראות האפוטרופוס בעניני אפוטרופוסות שנקבעו על-ידי בית המשפט.

הוראות בית המשפט

44. בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשתו של האפוטרופוס או של היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו או של צד מעונין ואף מיזמתו הוא, לתת לאפוטרופוס הוראות בכל ענין הנוגע למילוי תפקידו; וכן רשאי בית המשפט, לבקשת האפוטרופוס, לאשר פעולה שעשה.

מינוי אפוטרופוסים אחדים

45. בית המשפט רשאי אם ראה סיבה מיוחדת לכך, למנות לחסוי יותר מאפוטרופוס אחד; משעשה כן, יחליט בית המשפט אם להטיל את תפקידי האפוטרופוסות על האפוטרופוסים במשותף או לחלקם ביניהם.

דין אפוטרופוסים משותפים

46. הטיל בית המשפט תפקידי אפוטרופוסות על שני אפוטרופוסים או יותר במשותף, יחולו ההוראות הבאות זולת אם הורה בית המשפט אחרת:

- (1) האפוטרופוסים חייבים לפעול תוך הסכמה; בענין שדעותיהם חלוקות, יפעלו כפי שיחליט בית המשפט;
- (2) פעולה של אחד או של אחדים מן האפוטרופוסים טעונה הסכמת האחרים או אישור בית המשפט, מראש או למפרע;
- (3) בענין שאינו סובל דיחוי רשאי כל אחד מהאפוטרופוסים לפעול על דעת עצמו;

(4) האפוטרופסים אחראים לחסוי יחד ולחוד;

(5) נתפנה מקומו של אחד מן האפוטרופסים או שחדל לפעול, זמנית או לצמיתות, חייבים האחרים להודיע על כך מיד לבית המשפט, והם חייבים ומוסמכים להמשיך בתפקידיהם כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת.

סמכויות האפוטרופוס ואישור בית המשפט

47. האפוטרופוס מוסמך לעשות כל הדרוש למילוי תפקידיו; בפעולות המנויות להלן אין הוא מוסמך לייצג את החסוי מבלי שבית המשפט אישרן מראש:

- (1) העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה;
- (2) השכרה שחוקי הגנת הדייר חלים עליה;
- (3) פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על-פי חוק;
- (4) נתינת מתנות זולת מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות הענין;
- (5) נתינת ערבות;
- (6) פעולה אחרת שבית המשפט קבע, בצו המינוי או לאחר מכן, כטעונה אישור כאמור.

פעולות שיש בהן ניגוד אינטרסים

48. בפעולה משפטית בין החסוי לבין האפוטרופוס, בן זוגו או קרוביו של האפוטרופוס, זולת מתנות הניתנות לחסוי, ובפעולה משפטית בין החסוי לבין חסוי אחר של אותו אפוטרופוס, אין האפוטרופוס מוסמך לייצג את החסוי מבלי שבית המשפט או אפוטרופוס אחר שנתמנה למטרה זו אישרן מראש.

הגנת צד שלישי

49. פעולה של אפוטרופוס הטעונה אישור לפי סעיף 46(2) וסעיף 47(6) תהא בת-תוקף אף באין הסכמה או אישור כזה אם נעשתה כלפי אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהיא טעונה הסכמה או אישור.

השקעות

50. כספי החסוי, במידה שאינם דרושים לצרכיו השוטפים, חייב האפוטרופוס להחזיקם או להשקיעם כדרוש לשם שמירת הקרן והבטחת פירות באחד הדרכים שקבע לכך שר המשפטים בתקנות או בדרך שהורה בית המשפט.

פרטה

51. האפוטרופוס חייב להגיש לאפוטרופוס הכללי, תוך שלושים ימים מיום מינויו, פרטה של נכסי החסוי, כולל חובותיו, זולת אם פטר אותו האפוטרופוס הכללי מחובה זו או קבע מועד אחר להגשת הפרטה.

הוראות בנוגע לשומה

52. בית המשפט רשאי להורות –

- (1) שהאפוטרופוס יגיש לאפוטרופוס הכללי, במועד שקבע, שומת שוויים של נכסי החסוי, ערוכה לתאריך שקבע בית המשפט;
- (2) שהשומה האמורה תיערך על-ידי שמאי או על-ידי אדם אחר כפי שקבע בית המשפט.

חשבונות דו"ח ומתן ידיעות

53. האפוטרופוס חייב, בכל עניני האפוטרופוסות, לנהל חשבונות, להגיש לאפוטרופוס הכללי דין וחשבון כפי שיורה, אך לפחות אחת לשנה ובגמר תפקידו או בפקיעת האפוטרופוסות, ולהמציא לאפוטרופוס הכללי ידיעות מלאות לפי דרישתו. שר המשפטים רשאי להתקין תקנות בדבר החשבונות שעל האפוטרופוס לנהל.

בדיקת דו"חות

54. שר המשפטים רשאי, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, להתקין תקנות בדבר אופן בדיקת הפרטה והדו"חות בידי האפוטרופוס הכללי, ורשאי הוא לקבוע סוגי דו"חות שהאפוטרופוס הכללי פטור מבדיקתם, בתנאים שייקבעו.

הוצאות האפוטרופוס

55. ההוצאות הסבירות שהאפוטרופוס הוציא במילוי תפקידו חלות על החסוי, ורשאי האפוטרופוס להחזירן לעצמו מנכסי החסוי.

שכר האפוטרופוס

56. (א) בית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופוס שכר אם ראה טעם לכך בנסיבות הענין; שכר האפוטרופוס שנקבע על ידי בית המשפט חל על החסוי ורשאי האפוטרופוס לקבלו מנכסי החסוי.
(ב) שר המשפטים רשאי לקבוע כללים בדבר השכר שבית המשפט רשאי לקבוע לאפוטרופוסים.

אחריות האפוטרופוס

57. האפוטרופוס אחראי לנזק שגרם לחסוי או לרכושו. בית המשפט רשאי לפטרו מאחריותו, כולה או מקצתה, אם פעל בתום לב ונתכוון לטובת החסוי. האפוטרופוס אינו נושא באחריות אם פעל בתום לב לפי הוראות בית המשפט או קיבל אישורו, אם מראש ואם למפרע.

ערובה

58. בית המשפט רשאי, לפני מינויו של אפוטרופוס או אחרי כן, לדרוש שהאפוטרופוס ישעבד נכסים או ימציא ערבות להבטחת מילוי תפקידו וחובותיו, ורשאי בית המשפט, בכל עת, לדרוש ערובה נוספת או לשחרר ערובה שניתנה, כולה או מקצתה.

מימוש הערובה

59. ערובה לפי סעיף 58 תינתן לזכות החסוי, והאפטרופוס הכללי מוסמך לייצגו בכל הנוגע למימושה.

התפטרות האפטרופוס

60. האפטרופוס רשאי, על ידי הודעה בכתב לבית המשפט, להתפטר מתפקידו; ההתפטרות אינה תופסת אלא אם בא עליה אישור בית המשפט ומן היום שנקבע לכך באישור.

פיטורי האפטרופוס

61. בית המשפט רשאי לפטר אפטרופוס אם לא מילא תפקידו כראוי או אם ראה בית המשפט סיבה אחרת לפיטוריו.

פקיעת האפטרופוסות

62. אפטרופוסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגרות; על פסול דין – עם ביטול פסלותו על ידי בית המשפט; על מי שאינו קטין או פסול דין – אם קבע בית המשפט שחדלו סיבות האפטרופוסות או שהושגה מטרתה; פקיעת אפטרופוסות כזאת היא מן היום שנקבע לכך על-ידי בית המשפט; אפטרופוסות על כל אדם פוקעת במות החסוי.

סיום תפקידו של האפטרופוס

63. בהתפטרותו ובפיטוריו של האפטרופוס ובפקיעת האפטרופוסות חייב האפטרופוס – ובמותו חייבים יורשיו – למסור לחסוי או למי שקבע בית המשפט את נכסי החסוי הנמצאים בידו או בפיקוחו, ואת המסמכים הנוגעים לנכסים אלה; ורשאי בית המשפט להורות שהאפטרופוס יהא חייב ומוסמך לסיים פעולות שבית המשפט קבע, במידה שהדבר דרוש לטובת החסוי, רכושו או עזבונו.

הוראת צוואה של הורה החסוי או בן זוגו

64. מתו הורי החסוי או אחד מהוריו או בן זוגו, ובצוואתם ציינו שמו של אפטרופוס או הורו בענין מהענינים הנתונים לפי פרק זה לשיקול הדעת של בית המשפט או של האפטרופוס, יפעלו בית המשפט והאפטרופוס בהתאם להוראות אלה שבצוואה, אם קויימה כדין, זולת אם ראו שטובת החסוי דורשת לסטות מהן; אין בסעיף זה כדי לגרוע מהוראות סעיף 28 בנוגע לאפטרופוסותו של ההורה שנשאר בחיים.

האפטרופוס הכללי כאפטרופוס

65. נתמנה האפטרופוס הכללי כאפטרופוס, לא יחולו הוראות הסעיפים 37, 50, 57, 58, 59 ו-60.

אפטרופוס שהיה פגם במינויו

66. פעולה של אפטרופוס תהא בת-תוקף אף שהיה פגם במינויו, אם נעשתה כלפי אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת על הפגם.

אפטרופוס למעשה

67. מי שפועל כאפטרופוס, חובותיו ואחריותו כלפי החסוי יהיו לפי הוראות פרק זה, אף אם לא נתמנה כלל או שהיה פגם במינויו או שהתפטר או פוטר או שפקעה אפטרופוסותו.

ועדה לעניני אפוטרופסות לנפגעי שואה

67א. (א) שר העבודה והרווחה ימנה ועדה לעניני אפוטרופסות לנפגעי השואה וזה הרכבה:

- (1) נציג משרד העבודה והרווחה שהוא עובד סוציאלי ראשי לעניין סדרי דין שנתמנה לפי חוק הסעד (סדרי דין בעניני קטינים, חולי נפש ונעדרים), התשט"ו-1955, או עובד סוציאלי שהתמנה לפי החוק האמור שהציע העובד הסוציאלי הראשי לעניין סדרי דין;
 - (2) נציג משרד הבריאות, שיציע שר הבריאות;
 - (3) נציג משרד המשפטים, שיציע שר המשפטים.
- (ב) החסוי, אפוטרופסו, קרובו, מנהל בית חולים שבו מאושפז חסוי וכל אדם המטפל בחסוי רשאי לפנות לוועדה בכל שאלה המתעוררת בקשר לטיפול בחסוי או בדבר הצורך במינוי או בהחלפת אפוטרופוס לחסוי.
- (ג) הועדה תבחן כל פניה כאמור בסעיף קטן (ב) והיא רשאית ליתן את המלצותיה לאפוטרופוס בענינים הנוגעים לטיפול בחסוי וכן לפנות ליועץ המשפטי לממשלה או לנציגו ולאפוטרופוס הכללי, ולהמליץ להם לנקוט פעולות על פי סמכותם, לרבות פניה לבית משפט לפי חוק זה.

פרק רביעי: הוראות שונות

סמכות כללית לאמצעי שמירה

68. (א) בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו או לבקשת צד מעוניין ואף מיזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת עניניו של קטין, של פסול-דין ושל חסוי, אם על-ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס-לדין, ואם בדרך אחרת; וכן רשאי בית המשפט לעשות, אם הקטין, פסול-הדין, או החסוי פנה אליו בעצמו.
- (ב) היתה הבקשה להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים, לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שוכנע, על פי חוות דעת רפואית, כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי.

מעמד היועץ המשפטי לממשלה

69. היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו רשאים, אם הם סבורים שטובתו של קטין, של פסול-דין, או של חסוי או טובת הכלל מחייבת זאת, לפתוח בכל הליך משפטי, כולל ערעור, לפי חוק זה וכן להתייצב ולטעון בכל הליך כזה.

מעמדו של עובד סוציאלי

70. עובד סוציאלי שנתמנה לענין חוק הסעד (סדרי דין בעניני קטינים, חולי נפש ונעדרים), תשט"ו-1955, רשאי

בענין לפי חוק זה שאינו תלוי ועומד בבית המשפט ואם ראה צורך בכך להגנתו של קטין, של פסול-דין, או של חסוי, לחקור כל מי שהוא סבור שיש לו ידיעות הנוגעות לאותו אדם, וחייב הנחקר לענות לעובד הסוציאלי תשובות כנות ומלאות, זולת אם התשובה עלולה להפלילו; ורשאי העובד הסוציאלי, אם הורשה לכך על-ידי צו בית המשפט, להיכנס לכל מקום בו נמצא או עשוי להימצא אדם כאמור.

שמירת דינים

71. הוראות הסעיפים 69 ו-70 אינן גורעות מהוראות חוק הסעד (סדרי דין בעניני קטינים, חולי נפש ונעדרים), תשט"ו-1955.

מעמדם של קרובים

72. בכל ענין לפי חוק זה רשאי בית המשפט, גם מיזמתו הוא, לשמוע דעתם של קרובי הקטין, פסול-הדין או החסוי, ככל שבית המשפט ימצא לרצוי לשמעם.

73. (בוטל).

שינוי החלטות

74. בית המשפט רשאי לשנות או לבטל החלטותיו לפי חוק זה אם נשתנו הנסיבות או נתגלו עובדות נוספות לאחר שנתן החלטתו.

75. (בוטל).

סמכות מבחינה בין לאומית

76. בתי המשפט בישראל מוסמכים –

(1) להכריז אדם פסול-דין או לבטל הכרזת פסלות אם מקום מושבו או מקום מגוריו של האדם הוא בישראל;

(2) לפעול לפי הפרק השני והשלישי לחוק זה בכל מקרה שהצורך לעשות כן התעורר בישראל.

משפט בינלאומי פרטי

77. על עניני חוק זה יחול דין מקום מושבו של הקטין, פסול-הדין או החסוי; אולם –

(1) פעולה משפטית שנעשתה בישראל על-ידי אדם שכשרותו המשפטית מוגבלת או נשללה והיא מן הפעולות שדרכם של בני אדם כאלה לעשות כמותן, וכן פעולה משפטית שנעשתה בישראל בין אדם שכשרותו המשפטית מוגבלת או נשללה לבין מי שלא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, תהא בת-תוקף וזולת אם היה בה משום נזק של ממש לאותו אדם או לרכושו;

(2) לענין פעולה שנעשתה בישראל על-ידי הוריו של קטין או על-ידי אפוטרופוס אין לטעון כלפי צד שלישי שסמכותם של ההורים או האפוטרופוס היתה מצומצמת מן הסמכות הנתונה להם לפי חוק זה, וזולת אם אותו צד ידע או היה עליו לדעת על כך.

בית המשפט המוסמך

78. הסמכויות הנתונות לפי חוק זה לבית המשפט יהיו של בית המשפט לעניני משפחה, בכפוף להוראות סעיף

79.

שמירת דינים ושיפוט

79. חוק זה אינו בא לפגוע בדיני נישואין וגירושין; הוא אינו בא להוסיף על סמכויות השיפוט של בתי-דין דתיים ולא לגרוע מהן; ומקום שבית דין דתי מוסמך על-פי דין לשפוט, יראו כל הוראה בחוק זה – פרט לסעיף 75 – שמדובר בה בבית משפט כאילו מדובר בה בבית-דין דתי.

הגדרות

80. בחוק זה –

”חסוי” – מי שבית המשפט מינה לו אפוטרופוס לפי סעיף 33, או מי שבית המשפט רשאי למנות לו אפוטרופוס כאמור, והוא אף כשעדיין לא הוברר אם נתקיימו התנאים למינוי, הכל לפי הענין;

”נציג” של אדם – הוריו או אפוטרופוסו הממונה, הכל לפי הוראות הפרק השני והשלישי;

”קרוב” – אב, אם, בן, בת, אח, אחות, סב, סבה, נכד, נכדה;

”מקום מושב” של אדם – המקום בו נמצא מרכז חייו; קטין, פסול-דין וחסוי, חזקה עליו שמקום מושבו הוא במקום מושבו של נציגו כל עוד לא הוכח שמרכז חייו נמצא במקום אחר.

הוראות מעבר

81. מי שהוכרז פסול-דין לפני תחילת חוק זה, רואים אותו מתחילת חוק זה כאילו הוכרז פסול-דין לפי חוק זה; מי שנתמנה אפוטרופוס על ידי בית משפט או בית-דין דתי מוסמך לפני תחילת חוק זה, רואים אותו מתחילת חוק זה כאילו נתמנה לפי חוק זה.

ביטולים

82. בטלים –

(1) סעיפים 941 עד 947, 957 עד 997 למג'לה;

(2) סעיפים 50 עד 53 לחוק הקרקעות העותומני;

(3) סעיף 2 לחוק המסחרי העותומני;

(4) סעיף 5 לחוק העותומני על האגודות;

(5) סעיף 5 לפקודת השותפויות.

ביצוע ותקנות

83. שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה, הוא רשאי להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו.

תחילת תוקף

84. חוק זה, תחילתו שלושה חדשים לאחר קבלתו בכנסת.

תוספת

(סעיף 18(ב))

1. מוסד פיננסי שהוא אחד מאלה:
 - (1) תאגיד בנקאי, כהגדרתו בחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981;
 - (2) מנהל קרן, כמשמעותו בחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994;
 - (3) חברה מנהלת כהגדרתה בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005.
2. המוסד לביטוח לאומי.
3. מוסד חינוך, כהגדרתו בחוק לימוד חובה, התש"ט-1949.
4. רשות מקומית ומועצה אזורית.
5. מוסד רפואי שהוא אחד מאלה:
 - (1) בית חולים כמשמעותו בסעיף 24 לפקודת בריאות העם, 1940;
 - (2) מרפאה כמשמעותה בסעיף 34 לפקודה האמורה בפסקה (1);
 - (3) קופת חולים כמשמעותה בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

דוד יוסף
שר המשפטים

דוד בן-גוריון
ראש הממשלה

קדיש לוז
יושב ראש הכנסת
ממלא מקום נשיאה מדינה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)

בית הדין לחוזים אחרים

ה"א 702/06

מחוזי-ים

בפני: כב' השופט משה סובל, אב"ד

פרופ' שחר ליפשיץ, חבר

ד"ר משה גלברד, חבר

**היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד כרמית יוליס**

המבקש

נגד

**שיכון ופיתוח לישראל בע"מ
ע"י ב"כ ממושרד יגאל ארנון ושות'**

המשיבה

חקיקה שאוזכרה:

[חוק החוזים \(חלק כללי\), תשל"ג-1973: סע' 43\(א\)\(3\)](#)

[חוק המכר, תשכ"ח-1968: סע' 4\(6\), 4\(7\), 4\(א\)\(2\), 4\(א\), 4\(א\)\(1\), -קטן\(ג\), 5א, 5\(ג\), 6\(א\)\(1\), 7א, 11\(4\)](#)

[חוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\), תשל"א-1970: סע' 9, 10, 11, 11\(א\), 11\(ב\), 15, 15\(א\), 15\(ב\), 18](#)

[חוק החוזים האחרים, תשמ"ג-1982: סע' 1, 2, 3, 4, 4\(1\), 4\(2\), 4\(4\), 4\(6\), 4\(7\), 4\(8\), 4\(9\), 9\(ג\), 17, 18, 18\(א\), 18\(ב\), 24, לפרק ג', לפרק ד', 1\(6\)](#)

[חוק בתי דין מינהליים, תשנ"ב-1992: סע' 17\(ב\)](#)

[תקנות החוזים האחרים, תשמ"ג-1983: סע' 29](#)

[צו מכר דירות \(טופס של מפרט\), תשל"ד-1974: סע' 9.3](#)

[חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: סע' 759](#)

[חוק הסדרים במשק המדינה \(תיקוני חקיקה\), תשמ"ט-1989: סע' 17](#)

[חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969: סע' 1, 1\(א\), 5](#)

[חוק הפרוצדורה האזרחית העותומני: סע' 80](#)

[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 3\(א\), 1, 2, 3, 5](#)

[פקודת הנזיקין \[נוסח חדש\]](#)

[חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981](#)

ספרות:

[א' אדר, ג' שלו, דיני חוזים - התרופות לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי \(תשס"ט\)](#)

[ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכללי](#)

[ו' לוסטהויז, ט' שפניץ, חוזים אחידים \(1994\)](#)

[י' ויסמן, דיני קניין, בעלות ושיתוף \(תשס"ז-1997\)](#)

כתבי עת:

[א' פורת, "חלוקת אחריות במקרים של", עיוני משפט, כרך טז 65](#)

[יהודה אדר, משה גלברד, "השבה, פיצויים, צירוף תרופות", משפטים, מ 827](#)

[ברק מדינה, "הפרק בדבר סיכול חוזה", משפטים, כרך לו 453](#)

[איל זמיר, "הבסיס התיאורטי של חוק", משפטים, כרך ל 459](#)

מיני-רציו:

* ביה"ד לחוזים אחידים קיבל בחלקה בקשה של היועמ"ש לביטול תנאים מקפחים במסמך עליו חותמים רוכשי דירות מהמשיבה בקובעו, כי דווקא בנושאים שאינם מוסדרים בחקיקת-מגן קוגנטית המגנים על רוכשי דירות, בחינת ההסדרים החוזיים במסגרת דיני החוזים האחידים היא בעלת חשיבות מיוחדת.

* חוזים – זיכרון-דברים – תוקפו

* חוזים – חוזה אחיד – תנאי מקפח

* חוזים – חוזה אחיד – חזקת הקיפוח

* חוזים – חוזה אחיד – בית-הדין לחוזים אחידים

* חוזים – חוזה אחיד – [חוק החוזים](#) האחידים

* חוזים – חוזה אחיד – מבחן הקיפוח

* חוזים – חוזה אחיד – מכר דירה

בקשה של היועמ"ש לביטול תנאים מקפחים במסמך מקדמי המכונה "זכרון דברים", ובייפויי הכוח המצורף להסכם עליו חותמים קוני דירות מהמשיבה.

בית הדין לחוזים אחידים, כב' השופט סובל והחברים ליפשיץ וגלברד, קיבל את הבקשה בחלקה, בקובעו כדלקמן:

רכישת דירה היא, בדרך-כלל, אחת הרכישות היקרות ביותר שמבצע האדם הממוצע בישראל במהלך חייו. חוזה למכר דירה הוא גם חוזה מורכב למדי שבו מצוי הלקוח, מטבע הדברים, בעמדת נחיתות לעומת החברה-המוכרת, שלה המומחיות והידע בתחום

מיוחד זה. בשל המאפיינים הללו הכיר המחוקק בצורך להסדיר חלק מההיבטים הקשורים ברכישת דירה חדשה באמצעות חקיקה בעלת אופי קוגנטי, שנועדה להגן על רוכשי דירות ולהבטיח את זכויותיהם.

חוק המכר (דירות) מסדיר את אחריותן של חברות הבניה לאיכות הבניה. החוק מחייב למסור לקונה מידע מפורט על הדירה ועל הזכויות בה. החוק אף מחייב את המוכר לבנות את הדירה בהתאם לתקנים ובהתאם למובטח בחוזה ובמפרט ומטיל אחריות על המוכר לתיקונן של אי-התאמות העלולות להתגלות בעת מסירת הדירה לקונה או במהלך תקופת הבדק והאחריות.

חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), מסדיר את הבטחת כספי התמורה שמשלם הקונה עבור הדירה.

בנושאים שבהם מטפלת החקיקה המגנה על רוכשי דירות, חייב בית הדין לנהוג זהירות-יתר בעת שהוא שוקל האם להתערב בהוראות החוזה, וזאת כל עוד החוזה מקיים את ההסדרים הקבועים בחוק. יחד עם זאת, החקיקה המגנה על רוכשי דירות אינה יוצרת הנחת-תקינות לגבי נושאים שאינם מוסדרים במסגרתה ודווקא בנושאים הללו, שאינם מוסדרים בחקיקת-מגן קוגנטית, בחינת ההסדרים החוזיים במסגרת דיני החוזים האחידים היא בעלת חשיבות מיוחדת.

זכרון דברים הינו מושג משפטי מוכר בדיני החוזים, שיכולות להיות לו שתי משמעויות עיקריות: יכול שזכרון הדברים ישקף רק שלב ביניים במו"מ לקראת גיבוש החוזה. יכול שזכרון דברים יוכתר אמנם במינוח זה, אולם הלכה למעשה הוא מגבש הסכם מלא ומחייב בין הצדדים. לצורך בחינת אומד הדעת של הצדדים יש לבחון את נוסח זיכרון הדברים, את נוסחת הקשר שבינו לבין החוזה הסופי ואת כל יתר הנסיבות שאפפו את כריתת זיכרון הדברים, כגון גובה המקדמה ששולמה.

אפילו היינו מגיעים למסקנה שזיכרון הדברים דנן אינו בגדר חוזה, במובן זה שלא ניתן לאכוף את עסקת המכירה בכללותה על פיו, עדיין ברור שזיכרון הדברים כולל התחייבויות מסוימות שהן בעלות תוקף חוזי מלא. לאור כך יש לדחות את הטענה המקדמית של המשיבה, לפיה זיכרון הדברים אינו כפוף להוראות **חוק החוזים** האחידים.

באופן אינטואיטיבי, מנגנון הצמדה חד-כווני נחזה כמנגנון לא הוגן, ויש בו לעורר תחושת חוסר נוחות. יחד עם זאת, אין די בכך על מנת לקבוע כי ההסדר הוא מקפח. חזקת הקיפוח הנטענת על ידי המבקש (דהיינו, זו הקבועה בסעיף 4(6) **לחוק החוזים** האחידים) איננה חלה במקרה דנן ואינה רלבנטית להסדר החוזי הנדון, שכן כאן מדובר בתנאי חוזי המאפשר, למעשה, את שינוי היקף התמורה החוזית לאחר מועד הכריתה. המקום ה"טבעי" לבחינתו של תנאי כזה הוא במסגרתו של סעיף 4(4) **לחוק החוזים** האחידים, הקובע חזקת קיפוח ל"תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח, זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק".

אלא, שמכיוון שהמנגנון המצוי בזיכרון הדברים קובע קריטריון ברור ואובייקטיבי לשינוי המחיר החוזי, שאינו נתון לשליטתו של הספק, ממילא ברור כי לא מתקיימת חזקת הקיפוח שבסעיף.

העובדה שלא מתקיימת חזקת קיפוח במסגרתו של סעיף 4 **לחוק החוזים** האחידים, איננה מונעת מהמבקש לנסות להרים את הנטל ולהוכיח, בגדרו של סעיף 3 לחוק, כי התנאי האמור מקנה לספק יתרון בלתי-הוגן העלול להביא לקיפוח הלקוחות. במקרה זה לא עלה בידי המבקש להוכיח זאת. דרישה גורפת לחתימה על מסמכי ביטול, העשויים לשלול טענות משפטיות שונות של הקונה בדבר תוקף ההתקשרות, כמו גם זכויות נוספות שהקונה עשוי לטעון להן עקב התנהלות המוכרת, מקימה את חזקת הקיפוח הקבועות בסעיפים 4(6) **לחוק החוזים** האחידים.

בנסיבות מסוימות, במיוחד במקרים של עסקאות מורכבות ובעלות משמעות כלכלית ניכרת, ייתכן שיהיה מקום להכיר בזכותה של הנהלת חברה להותיר בידה את השליטה בעסקאות שנערכו על ידי פקידיה. עם זאת, זכות זו תלויה בנסיבות המקרה. נוכח העובדה שבשלב זה נוצרת, כאמור, מידה לא מעטה של הסתמכות מצד הקונה, הרי פרישה של המשיבה בשלב זה עשויה להיחשב כמנוגדת לעיקרון תום הלב וממילא גם כמקפחת. על מנת לאזן בין אינטרס ההסתמכות של הקונה לבין האינטרס העסקי הלגיטימי של המשיבה "לסנן" את העסקאות בהן אין ההנהלה מעוניינת, ראוי לקבוע בזיכרון הדברים קריטריונים לאישור או לאי-אישור ההתקשרות על ידי הנהלת החברה, או לפחות לקבוע כי הנהלת החברה לא תסרב לאשר את ההתקשרות אלא מטעמים סבירים, ואין להותיר זאת לשיקול דעת בלתי-מוגבל של ההנהלה. ראוי גם לתחום באופן ברור את משך הזמן לכך.

בהתקיים יחסי תלות בין חיובים הדדיים, רשאי בדרך כלל צד לעכב את קיום חיובו כל עוד הצד האחר אינו מקיים את חיובו הוא. דחיית קיום כזו הייתה אפשרית בעבר בעיקר כאשר היה מדובר בחיובים הדדיים שיש לקיימם בד בבד (סעיף 43(א)(3) **לחוק החוזים** (חלק כללי)). אולם מזה שנים לא מעטות מכירה הפסיקה בכך שבמרבית המקרים מתקיימים יחסי תלות בין חיובים הדדיים, אף כשמדובר בחיובים שאינם בו-זמניים. יחד עם זאת, הפסיקה סייגה את זכותו של הנפגע לדחות את קיום חיובו, וקבעה כי דחיית קיומו של חיוב אפשרית רק בתגובה להפרתו של חיוב נגדי עיקרי. צד אינו רשאי לדחות קיומו של חיוב עיקרי ומהותי בחוזה (כגון חיוב התשלום החל על הקונה) כתגובה לאי-קיום חיוב שולי או טפל בידי הצד האחר.

ככלל, ניתן לאפיין שתי גישות מרכזיות בשאלת השפעת מאורעות בלתי-צפויים על חבותם החוזית של הצדדים. גישה אחת, "הגישה הסטטית", דוגלת בעקרון האחריות החוזית המוחלטת. גישה זו תבקש שלא להכיר בהשפעתם של אירועים לא צפויים על המחויבות החוזית. לעומת זאת, הגישה האחרת, "הגישה הדינמית", שמה דגש על החיוב המוסרי שבקיום הבטחות. על פי גישה זו, הנטייה תהיה לא להטיל אחריות על חייב שאינו יכול לקיים את התחייבותו שלא באשמתו, כגון כאשר התרחשו לאחר כריתת החוזה אירועים לא צפויים שיש בהם כדי למנוע את מימוש ההתחייבויות שבחוזה.

סעיף 18 [לחוק החוזים](#) (תרופות בשל הפרת חוזה) שענינו "פטור בשל עונש או סיכול החוזה" הוא הסעיף המרכזי בדין הישראלי העוסק בהשפעתם של אירועים לא צפויים על החיוב החוזי. באופן מסורתי הפרשנות שניתנה על ידי הפסיקה בישראל לסעיף 18 הייתה קרובה באופייה לגישה הסטטית, הרואה במחויבות החוזית אחריות מוחלטת. משום כך צמצמה הפסיקה מאד את הנסיבות שמאפשרות שימוש בסעיף.

ככל שמדובר בחוזה כגון החוזה הנדון יש להקפיד שחלוקת הסיכונים הנקבעת בהסכם תהיה הוגנת ותיקח בחשבון את האינטרסים של שני הצדדים בקרות אירוע לא צפוי. זכות זו של הלקוח נשמרת לו במקרים של סיכול לפי סעיף 18 [לחוק החוזים](#) תרופות. הנוסח הקיים אינו משקף חלוקת סיכונים הוגנת, ומשום כך יש לשלב בו את התיקונים הבאים.

ישנו קיפוח בקביעה החוזית לפיה התרשומת תהווה ראיה לכאורה לכך שלמעט אי-ההתאמות המפורטות בה לא היו במועד המסירה אי-התאמות נוספות שניתן היה לגלותן בבדיקה סבירה. קביעה זו מתיימרת להתנות על הוראות [חוק המכר](#) (דירות), וזאת בניגוד לסעיף 7 לחוק הקובע כי "אין להתנות על הוראות חוק זה, אלא לטובת הקונה או קונה המשנה".

הפיצוי המוסכם נועד בעיקרו לחזות את נזקי ההפרה הצפויים בעת כריתת החוזה ולא להעניש את המפר. משום כך מוקנית לבית המשפט – בסעיף 15(א) סיפא [לחוק התרופות](#) – הסמכות להפחית פיצויים מוסכמים. עם זאת, הפסיקה קבעה כי מידת ההתערבות של בית המשפט בתניית פיצויים מוסכמים היא מוגבלת. כל עוד קיים יחס סביר כלשהו בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק אותו ניתן היה לחזות בעת שנכרת החוזה, יש להותיר את הפיצוי המוסכם בתקפו. לפי מבחן מצמצם זה, ייתכן שהפיצויים שנקבעו במקרה דנן (בשיעור של 15% מסכום התמורה) צולחים בהצלחה את סעיף 15(א) [לחוק החוזים](#) תרופות.

אלא, שהדברים האמורים עד כאן נוגעים לסמכות ההפחתה הכללית הקבועה [בחוק החוזים](#) תרופות. במקרה דנן מדובר בחוזה אחיד ובשאלה האם קביעת פיצויים מוסכמים בשיעור גבוה לטובת הספק מהווה תנאי מקפת לפי [חוק החוזים](#) האחידים. מדובר בשתי סוגיות שונות ונפרדות. לעניין זה נפסק, כי הסמכות להפחית פיצויים מוסכמים והסמכות לבטל או לשנות תניה מקפת בחוזה אחיד הן סמכויות העומדות זו בצד זו, ואין האחת גורעת מרעותה. יתר על כן, מדובר בשתי סמכויות שהמבחנים להפעלתן אינם זהים.

תניה של פיצויים מוסכמים שבית המשפט היה מתערב בה בהתאם למבחני סעיף 15(א) [לחוק החוזים](#) תרופות, מהווה קרוב לוודאי – אם נכללה בחוזה אחיד – גם תניה מקפת. אולם, אין לומר היפוכו של דבר: אין לגרוס שכל תניה של פיצויים מוסכמים שבית המשפט היה נמנע מלהתערב בה במסגרת סמכותו לפי סעיף 15(א) [לחוק החוזים](#) תרופות, היא גם בהכרח תניה שאיננה מקפת בראי [חוק החוזים האחידים](#).

המבחן שלאורו יש לבחון תנית פיצויים מוסכמים במסגרת [חוק החוזים](#) האחידים הוא מבחן הקיפוח. לצורך בחינת הקיפוח בנוגע לתניה הקובעת פיצויים מוסכמים לטובת הספק, יש לתת את הדעת בעיקר לשאלה עד כמה נדרשת התניה לשם הגנה על אינטרס לגיטימי של הספק לעומת הפגיעה שעלולה להיגרם ממנה ללקוח. בהינתן העובדה שתכליתם העיקרית של סעיפי פיצויים מוסכמים איננה עונשית, אלא חסכון בעלויות הוכחת הנזק, יש לברר מהם סוגי הנזקים שהפרת הלקוח עלולה לגרום לספק, ומהי מידת הקושי הצפויה לספק בהוכחת נזקו. מנגד, יש לשקול את הפגיעה העלולה להיגרם ללקוח לאור האפשרות שיחויב בפיצויים בסכום העולה על הנזק שגרמה הפרתו בפועל.

תניה בחוזה האחיד הקובעת פיצויים מוסכמים לטובת המשיבה בגין הנזק שעלול להיגרם לה בשל עלויות ההחלפה (בעקבות הפרת החוזה בידי הקונה וביטולו בשל כך על ידי המשיבה) איננה תניה מקפת. זאת, בכפוף לכך ששיעור הפיצויים שנקבע בה אינו חורג מהיקף הנזק שניתן היה לראותו מראש (בהתייחס לראש הנזק האמור בלבד) כתוצאה מסתברת של ההפרה. לעומת זאת, תנית פיצויים מוסכמים בגין הנזק שעלול להיגרם למשיבה בשל שני ראשי הנזק האחרים, ובפרט בשל ראש הנזק של הפרש שווי, היא מקפת. הפגיעה העלולה להיגרם בעטיה ללקוחות – העלולים להתחייב בתשלום פיצויים בשל נזק שלא אירע בפועל – עולה בהרבה על הפגיעה האפשרית באינטרס של המשיבה אם התניה תבוטל.

ראשית דבר

1. המשיבה היא חברה קבלנית, המציעה דירות למכירה ברחבי הארץ. בעת רכישת דירה חותמים הקונים תחילה על מסמך מקדמי המכונה "זכרון דברים". מסמך זה מסדיר באופן ראשוני את יחסי הצדדים (להלן – **זכרון הדברים**). בשלב שני מחתימה המשיבה את רוכשי הדירות על הסכם מפורט לרכישת דירה, הכולל גם נספחים שונים (להלן – **ההסכם**).

2. המבקש הגיש לבית הדין בקשה לביטול תנאים מקפחים בנוסח זכרון הדברים, בנוסח ההסכם ובנוסח ייפוי הכוח המצורף להסכם. בעקבות הגשת הבקשה התקיימו דיונים בין הצדדים, הן בבית הדין והן מחוצה לו, במהלכם הגיעו הצדדים לידי הסכמות בחלק מהנושאים. הסכמות אלה נכללו בנוסח הנספחים שצורפו לרשימת הפלוגתאות, ואף פורטו ברשימת הפלוגתאות והמוסכמות שהוגשה לבית הדין ביום 5.2.09. הצדדים הסכימו כי לגבי הנושאים שנותרו שנויים במחלוקת יוגשו סיכומים, ללא שמיעת ראיות, וכי על סמך הסיכומים הללו יינתן פסק דין. לאחר הגשת הסיכומים וטרם מתן פסק הדין, התקיימו שני דיונים (בימים 11.10.09 ו-13.10.10) במטרה לנסות ולצמצם עוד יותר את היקף המחלוקות שבין הצדדים. ואכן הסכמות נוספות הושגו במהלך הדיונים הללו.

3. בהתאם להחלטת בית הדין, הוגשה מטעם הצדדים ביום 28.10.10 הודעה משותפת, לה צורפו נוסח של זכרון הדברים (נספח א' להודעה) ונוסח של ההסכם (נספח ב' להודעה), בהם שולבו כלל התיקונים המוסכמים. יצוין, כי לגבי שניים מסעיפי ההסכם (סעיפים 3.3 ו-13.4) לא עלה בידי הצדדים להגיע לנוסח מוסכם, אף שבמהלך הדיון הושגה הסכמה גם לגבי סעיפים אלו.

4. בכפוף לאמור בפסק דין זה, אנו מאמצים את ההסכמות אליהן הגיעו הצדדים, כך שהדיון בבקשה לביטול התנאים המקפחים לא יעסוק בכל התיקונים המוסכמים המופיעים בנוסח המתוקן של זכרון הדברים ובנוסח המתוקן של ההסכם.

5. למעשה לא נותר כעת אלא להשלים את המלאכה ולהכריע רק באותם נושאים שנותרו שנויים במחלוקת בין הצדדים. חרף זאת, מצאנו לנכון להתייחס במסגרת פסק הדין גם למקצת הנושאים שלגביהם הושגה הסכמה. בעשותנו כך נתנו דעתנו לעובדה שחלק מהנושאים שהוסכמו נוגעים לסוגיות עקרוניות בתחום החשוב של חוזים אחידים למכר דירות. סברנו כי בסוגיות עקרוניות אלה אין להסתפק בציון לקוני של העובדה כי המחלוקת בין הצדדים יושבה בהסכמה, אלא שומה עלינו לנמק את טעמי ההסכמה, ההיגיון העומד ביסודה ואת הסיבות שהניעו את בית הדין לכבד את ההסכמה שהושגה. הסיבה לכך נובעת מהשפעות הרוחב העשויות לנבוע מפסק דין של בית הדין לחוזים אחידים ומההשלכות העקיפות שעשויות להיות לו גם על עוסקים אחרים באותו ענף.

6. בטרם נפנה לדון בסוגיות גופן, ולמען הסדר הטוב, נפרט בקצרה את קורות התיק: בראש המותב המקורי שדן בתיק יושבה סגנית-הנשיא השופטת יהודית צור, אב בית הדין (בדימוס), ועימה היו חברים בהרכב פרופ' עופר גרוסקופף וד"ר משה גלברד. בעקבות מינויו של פרופ' גרוסקופף לשופט בבית המשפט המחוזי, נסתיימה כהונתו בבית הדין. בעקבות סיום כהונתה של השופטת יהודית צור בבית המשפט המחוזי, נסתיימה גם כהונתה בבית הדין. ביום 27.10.09 מונה השופט משה סובל לאב בית הדין לחוזים אחידים במקומה של השופטת צור. בהתאם להחלטת נשיאת בית המשפט המחוזי מיום 12.5.10 הועבר תיק זה לטיפולו של השופט סובל כיושב-ראש המותב. בהתאם להחלטה מיום 26.5.10 מונה פרופ' שחר ליפשיץ כחבר המותב במקומו של פרופ' גרוסקופף. [סעיף 17\(ב\)](#) לחוק [בתי דין מינהליים](#), תשנ"ב-1992, קובע כי אם נתמנה חבר אחר למותב קיים, רשאי המותב להמשיך בדיון מן

השלב שאליו הגיע המותב בהרכב הקודם, אם סבר, לאחר שנתן לבעלי הדין הזדמנות לטעון טענותיהם, שלא ייגרם עיוות דין. [תקנה 29 לתקנות החוזים האחדים](#) (סדרי דין בבית הדין וסדרי דין בערעור), תשמ"ג-1983, קובעת כי כאשר נבצר מחבר מותב להמשיך בדיון ומונה חבר אחר תחתיו, יימשך הדיון מהשלב אליו הגיע, אך רשאי אב בית הדין להורות על גבייה מחודשת של ראיות. מכיוון שבתיק זה לא נשמעו עדויות בפני בית הדין ופסק הדין מתבסס על סיכומים בכתב ועל טענות משלימות בעל-פה שהועלו בפני המותב הנוכחי בדיון מיום 13.10.10, איננו רואים מניעה לכך שהמותב בהרכבו הנוכחי ייתן את פסק הדין (ראו גם את החלטת אב בית הדין מיום 26.5.10). אכן, בדיון מיום 13.10.10 בפני המותב הנוכחי לא הועלתה מטעם הצדדים הסתייגות כלשהי לגבי מתן פסק הדין בידי מותב זה.

מהותו של חוזה למכר דירה

7. בטרם נידרש למחלוקות הספציפיות לגופן, אנו מוצאים לנכון לומר דברים אחדים על מהותו של החוזה הנדון.

8. אין צורך להכביר מילים על חשיבותם המיוחדת של חוזים למכר דירות. רכישת דירה היא, בדרך כלל, אחת הרכישות היקרות ביותר שמבצע האדם הממוצע בישראל במהלך חייו. על חשיבותו המיוחדת של חוזה זה עמד השופט שמגר בע"א 148/77 [רוט נ' ישופה \(בניה\) בע"מ, פ"ד לג\(1\) 617](#). יתר על כן, חוזה למכר דירה הוא גם חוזה מורכב למדי שבו מצוי הלקוח, מטבע הדברים, בעמדת נחיתות לעומת החברה-המוכרת, שלה המומחיות והידע בתחום מיוחד זה (ראו, למשל, דברי השופט חשין בע"א 3190/99 [שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נד\(3\) 127, 138](#)). בשל המאפיינים הללו – משמעותו הכלכלית המיוחדת של חוזה לרכישת דירה מחד גיסא, ועמדת החולשה האופיינית שבה מצוי הרוכש, מאידך גיסא – אף הכיר המחוקק בצורך להסדיר חלק מההיבטים הקשורים ברכישת דירה חדשה באמצעות חקיקה בעלת אופי קוגנטי, שנועדה להגן על רוכשי דירות ולהבטיח את זכויותיהם. [חוק המכר](#) (דירות), תשל"ג-1973 (להלן – [חוק המכר \(דירות\)](#)) מסדיר את אחריותן של חברות הבניה לאיכות הבניה. בנוסף, החוק מחייב למסור לקונה מידע מפורט על הדירה ועל הזכויות בה. החוק אף מחייב את המוכר לבנות את הדירה בהתאם לתקנים ובהתאם למובטח בחוזה ובמפרט ומטיל אחריות על המוכר לתיקון של אי-התאמות העלולות להתגלות בעת מסירת הדירה לקונה או במהלך תקופות הבדק והאחריות (לדיון מפורט בחוק ובהצדקות התיאורטיות השונות לחקיקתו ראו: איל [זמיר "הבסיס התיאורטי של חוק המכר \(דירות\)"](#), [משפטים](#) ל (תש"ס) 459; איל זמיר, ["חוק המכר \(דירות\)](#), תשל"ג-1973" [פירוש לחוקי החוזים](#) (תש"ס"ב); להלן – [זמיר חוק המכר \(דירות\)](#)). בנוסף, [חוק המכר \(דירות\)](#) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה-1974 (להלן – [חוק המכר \(הבטחת השקעות\)](#)), מסדיר את הבטחת כספי התמורה שמשלם הקונה עבור הדירה.

9. מובן מאליו כי בנושאים שבהם מטפלת החקיקה המגנה על רוכשי דירות, חייב בית הדין לנהוג זהירות-יתר בעת שהוא שוקל האם להתערב בהוראות החוזה, וזאת כל עוד החוזה מקיים את ההסדרים הקבועים בחוק. במסגרת החקיקה האמורה כבר נתן המחוקק דעתו על היקף ההגנה הנדרשת לרוכשי הדירות ועל האיזון הראוי בין אותה הגנה, מצד אחד, לבין השמירה על האינטרסים של החברה-המוכרת, מהצד האחר. לכן, בהסדרים חוזיים העוסקים באותם נושאים שחלה עליהם החקיקה המיוחדת שענינה הגנה על רוכשי דירות, ינהג בית הדין באיפוק ובמשנה זהירות בעת שידון בשאלת הקיפוח, אך זאת, כאמור, בתנאי שהסדר החוזי אכן מקיים כראוי את הוראות החוק. יחד עם זאת, חוזה למכר דירה כולל בתוכו גם נושאים נוספים, שאינם מוסדרים בחקיקה המיוחדת המגנה על רוכשי דירות. חקיקתם של [חוק המכר \(דירות\)](#) ו**חוק המכר (הבטחת השקעות)**, אין פירושה שבכל הנושאים שאינם נדונים במסגרת החוקים הללו לא קיימות בעיות של חוסר הגינות או קיפוח. במילים

אחרות, החקיקה המגנה על רוכשי דירות אינה יוצרת הנחת-תקינות לגבי נושאים שאינם מוסדרים במסגרתה. דומה כי דווקא בנושאים הללו, שאינם מוסדרים בחקיקת-מגן קוגנטית, בחינת ההסדרים החוזיים במסגרת דיני החוזים האחידים היא בעלת חשיבות מיוחדת, על מנת לשמור על הגינותם של החוזים ועל מנת להגן על רוכשי דירות מפני קיפוח.

10. יצוין כי בית הדין לחוזים אחידים כבר דן מספר פעמים בעבר בחוזים למכירת דירות, ראו: ח"א 9/83 בתים חברה לבנין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה [פורסם בנבו]; ח"א 3,4/83 גד חברה לבנין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה [פורסם בנבו]; ע"ש 73/90 מרדכי שכטר בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה [פורסם בנבו]; ע"ש 49/96 א. לוי השקעות ובנין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה [פורסם בנבו]; ע"ש 7050/99 דורי חברה לעבודות הנדסיות בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, [פורסם בנבו]. לגבי החוזה של גד חברה לבנין ראו פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבנין בע"מ, פ"ד מג(1) 183 (להלן – ענין גד). חלק מהסוגיות ומהטענות שהעלה המבקש בתיק שלפנינו כבר נדונו בעבר במסגרת התיקים הנ"ל, אולם חלק מהסוגיות הנדונות כאן טרם נבחנו בעבר.

11. המשיבה טוענת בסיכומיה כי בשל המשמעות הכלכלית הניכרת של חוזה לרכישת דירה ובשל מורכבותו הרבה של חוזה כזה, נעזרים רבים מקרב רוכשי הדירות בעורכי דין, המייצגים אותם לצורך ניהול משא-ומתן עם המשיבה לפני חתימת החוזה. עוד טוענת המשיבה, כי במקרים לא מעטים היא מסכימה לערוך שינויים מסוימים בתנאי החוזה. מכיוון שבהתאם להסכמת הצדדים לא הובאו ראיות בתיק זה, לא הוכחה טענה עובדתית זו. יתר על כן, אף אם הייתה הטענה מוכחת, לא היה בה כדי להשפיע על הכרעותינו. אילו היה מדובר בתיק המתנהל בבית המשפט, בו נדון סכסוך נקודתי בין המשיבה לבין אחד מלקוחותיה, יכולה הייתה המשיבה לנסות ולהוכיח כי תניה מסוימת בחוזה היא פרי משא-ומתן ממשי שהתקיים בין הצדדים, ובמקרה כזה הייתה נשללת תחולתו של חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 (להלן – חוק החוזים האחידים) לגבי אותה תניה (אך לא לגבי התניות האחרות שבחוזה). ראו לענין זה הגדרת "תנאי" בסעיף 2 לחוק החוזים האחידים. אולם, בענינו מדובר בהליך בבית הדין, שבו נבחן נוסחו של החוזה האחיד ולא חוזה ספציפי שנחתם עם לקוח מסוים. לא נשמעה טענה בפי המשיבה, כי סעיף מסוים מבין סעיפי החוזה האחיד הינו סעיף שמתנהל לגביו משא-ומתן עם כל לקוח ולקוח, ללא יוצא מן הכלל, וכי בכל מקרה הוא "נתפר" ומעוצב על פי מידותיו של הלקוח המסוים. בנסיבות אלה, כל אחד מתנאי החוזה נתון לבחינה ולבדיקה במסגרתו של חוק החוזים האחידים. די בכך שסעיף מבין סעיפי החוזה עלול לקפח את אותם לקוחות עימם לא נוהל משא-ומתן, על מנת להצדיק את ביטול או שינוי הסעיף לשם הסרת הקיפוח.

12. בטרם נעבור לדון בסעיפים השונים שבהסכם, אנו מוצאים לנכון להבהיר כי בכל התיקים שצוינו לעיל – במסגרתם נדונו בעבר בבית הדין חוזים למכר דירות – היה מדובר בבקשות שהגישו החברות הקבלניות עצמן (ה"ספק", בלשונו של חוק החוזים האחידים) לאישור החוזה האחיד בו עשו שימוש, בהתאם לפרק ג' לחוק החוזים האחידים. לעומת זאת, במקרה הנוכחי מדובר בבקשה שהגיש היועץ המשפטי לממשלה ביוזמתו, בהתאם לפרק ד' לחוק, לביטול תנאים מקפחים בחוזה האחיד של המשיבה. משום כך, אף שאנו מורים בפסק הדין על ביטול או שינוי של תנאים שונים בחוזה, אין בהליך הנוכחי משום מתן אישור לחוזה האחיד הנדון, כמשמעותו של אישור כזה על פי פרק ג' לחוק. בהתאם לכך גם אין בפסק דינו כדי להקנות לחוזה או לתנאיו חסינות מפני התערבות שיפוטית – לרבות כזו הנעשית מכוחו של חוק החוזים האחידים – במסגרת הליכים משפטיים אינדיבידואליים המתקיימים כיום או שיתקיימו בעתיד בבתי המשפט.

מעמדו של זכרון הדברים ותחולתו של חוק החוזים האחידים

13. טענה מקדמית שעוררה המשיבה הייתה, כי זכרון הדברים במקרה דנן אינו חוזה מחייב ומשום כך הוראות חוק החוזים האחידים כלל אינן חלות עליו.

14. טענה זו אין בידנו לקבל. כידוע, זכרון דברים הינו מושג משפטי מוכר בדיני החוזים, שיכולות להיות לו שתי משמעויות עיקריות: (1) יכול שזכרון הדברים ישקף רק שלב ביניים במשא-ומתן לקראת גיבוש החוזה. (2) יכול שזכרון דברים יוכתר אמנם במינוח זה, אולם הלכה למעשה הוא מגבש הסכם מלא ומחייב בין הצדדים (אף שיתכן כי בעקבותיו יבוא חוזה פורמאלי מפורט). לצורך בחינת אומד הדעת של הצדדים יש לבחון את נוסח זכרון הדברים, את נוסחת הקשר שבינו לבין החוזה הסופי ואת כל יתר הנסיבות שאפפו את כריתת זכרון הדברים, כגון גובה המקדמה ששולמה. הפסיקה עסקה בהרחבה בהלכות הללו. ראו, בין היתר: ע"א 158/77 רבינאי נ. חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281, 286-288; ע"א 144/89 מדינת ישראל נ' פמר חברה לבניין ולעבודות ציבוריות בע"מ, פ"ד מו(1) 654, 658-659; ע"א 11173/02 אלוניאל בע"מ נ' זאב בר בנין ופיתוח (1994) בע"מ, [פורסם בנבו] מיום 3.4.06, פסקאות 5-6; ע"א 8320/09 אלחדד נ' שמיר, [פורסם בנבו] מיום 29.3.11, פסקאות 24-27.

15. יישום הקריטריונים הרגילים למקרה דנן מגלה תמונה מורכבת: מחד גיסא, זכרון הדברים מתייחס לכל הפרטים המהותיים של העסקה, לרבות: מהות העסקה, שמות הצדדים, פרטי הנכס, מחיר ומועדי תשלום, מועד המסירה, הוצאות רישום, מיסוי ועוד. בנוסף לכך, סעיף 9.1 לזכרון הדברים כולל התחייבות של הקונה לחתום על הסכם רכישה בנוסח שהוכן על ידי החברה ונמסר לקונה ביום חתימת זכרון הדברים. מאפיינים אלה תומכים בעמדה שזכרון הדברים במקרה דנן מהווה חוזה מחייב. מאידך גיסא, סעיף 8 לזכרון הדברים מאפשר לחברה לבטל בתוך התקופה שיועדה לחתימת ההסכם. בנוסף לכך, סעיף 9.2 קובע כי בכל מקרה שבו לא יחתם הסכם הרכישה תבוטל העסקה וכספם של הרוכשים יוחזר. המשיבה סבורה כי הוראות אלה תומכות בעמדה כי מדובר במעין התקשרות מקדימה, אשר ספק אם תצא כלל אל הפועל. לעומת זאת, המבקש סבור כי במקרה דנן התמלאו הדרישות ההופכות את זכרון הדברים לחוזה מחייב גם אם לא יחתם חוזה סופי.

16. אנו סבורים כי על מנת לקבוע אם חוק החוזים האחידים חל על זכרון הדברים אין צורך להכריע בין שתי האפשרויות שצוינו: ראשית, על פי הפסיקה מעמדו של זכרון הדברים כחוזה סופי או כמסמך ביניים נקבע בין היתר על סמך מכלול הנסיבות שאפפו את החתימה על המסמך (ראו ענין רבינאי הנ"ל, וכן ע"א 825/79 אחים שרבט חברה לבנין בע"מ נ' שורצבורד, פ"ד לו(4) 197). כיוון שכך, ללא בחינת הנסיבות שהתקיימו במקרה הקונקרטי לא ניתן לשלול מראש את האפשרות שזכרון הדברים הנדון יחשב, בסופו של דבר, כחוזה מחייב, בהתאם לנסיבות. משום כך יש מקום לבחון את הוראותיו לפי דיני החוזים האחידים.

17. זאת ועוד, אפילו היינו מגיעים למסקנה שזכרון הדברים דנן אינו בגדר חוזה, במובן זה שלא ניתן לאכוף את עסקת המכירה בכללותה על פיו, עדיין ברור שזכרון הדברים כולל התחייבויות מסוימות שהן בעלות תוקף חוזי מלא. כך למשל, קובע זכרון הדברים את זכותה של החברה לבטל את זכרון הדברים (סעיף 8 לזכרון הדברים). מעצם העובדה שהחברה רשאית לבטלו, נובע כי כל עוד לא בוטל מדובר במסמך חוזי בעל תוקף מחייב, שאם לא כן, מה צורך יש בביטולו? גם על הקונה מוטלות חובות שונות מכוחו של זכרון הדברים, כגון החובה הקבועה בסעיף 9.1, לחתום על הסכם הרכישה תוך 14 ימים ממועד החתימה על זכרון הדברים. בנוסף לכך קובע זכרון הדברים הסדרים מוסכמים לגבי השבת הכספים ששילם הקונה. התחייבויות אלה הן התחייבויות חוזיות העומדות בפני עצמן, גם אם ייקבע כי זכרון הדברים דנן אינו בגדר חוזה מחייב לצורך מכירת הדירה (וכאמור, איננו רואים צורך להביע עמדה בנושא זה).

18. לבסוף נציין, כי בעוד שהמשיבה והמבקש נחלקו בשאלה עד כמה שכיח ייצוג משפטי בעת חתימת הסכמי רכישת דירות מקבלן, ניסיון החיים מלמד כי לפחות בעת חתימה על זכרון דברים, קונים רבים אינם מיוצגים. משום כך, דווקא לגבי זכרון הדברים נודעת חשיבות רבה במיוחד לפיקוח ציבורי על תנאיו, בכדי למנוע קיפוח אפשרי של הקונים.

19. לאור הדברים הללו אנו דוחים את הטענה המקדמית של המשיבה, לפיה זכרון הדברים אינו כפוף להוראות [חוק החוזים](#) האחידים. לעמדה דומה, לפיה [חוק החוזים](#) האחידים חל גם על מסמכי התקשרות ראשוניים לרכישת דירה מקבלן, הנחתמים עוד בטרם ההתקשרות בחוזה מפורט, ראו: [ה"פ \(מחוזי י-ם\) 616/01 עו"ד ויטנברג, מנהל עיזבון המנוחה שמחה נחמיאס ז"ל נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון בע"מ](#), [פורסם בנבו] מיום 23.10.03, פסקאות 26-27.

סעיף 7.9 לזכרון הדברים – מנגנון ההצמדה

20. סעיף זה קובע את מנגנון ההצמדה החל על תשלומים המשולמים על ידי הקונה על חשבון התמורה: "... **אם בזמן הפרעון בפועל של סכום כלשהו יתברר, שהמדד הידוע ביום הפרעון (להלן – 'המדד החדש') גבוה מהמדד הבסיסי – ישלם הרוכש את אותו סכום כשהוא מוגדל בשיעור השווה לשיעור עליית המדד החדש לעומת המדד הבסיסי. ירידה במדד החדש מתחת למדד הבסיסי לא תזכה את הרוכש בהקטנת הסכום**".

21. המבקש טוען כנגד מנגנון ההצמדה כי מדובר במנגנון חד-צדדי: בעוד שבמקרה של עליית המדד נדרש הקונה לשלם את הסכום הקבוע בזכרון הדברים כשהוא מוגדל בהתאם לשיעור עליית המדד, הרי במקרה של ירידה במדד לא נהנה הקונה משיעור הירידה ויהיה עליו לשלם את הסכום הנקוב, ללא הפחתה כלשהי. המבקש טוען עוד, כי המנגנון מאפשר למשיבה להתעשר על חשבון הקונה וכי מנגנון מעין זה מעניק למשיבה יתרון בלתי-הוגן ואף מקיים את חזקת הקיפוח [שבסעיף 64\(6\) לחוק החוזים](#) האחידים.

22. המשיבה טוענת מצידה, כי מנגנון הצמדה "חד-כווני" מעין זה הוא מנגנון המקובל בכל המשק. כך, לדוגמה, המשיבה עצמה מחויבת במנגנון דומה כלפי הבנק המממן את הבניה. יתר על כן, מנגנון דומה ניתן למצוא גם בחקיקה, ובהקשר זה מפנה המשיבה אל סעיף 5 בתוספת השנייה לתקנות עידוד החסכון (תכנית חסכון "תשורת המשך" ופטור ממס הכנסה), תשנ"ג-1993 (להלן – **תקנות עידוד החסכון**).

23. באופן אינטואיטיבי, מנגנון הצמדה חד-כווני נחזה כמנגנון לא הוגן, ויש בו לעורר תחושת חוסר נוחות. יחד עם זאת, אין די בכך על מנת לקבוע כי ההסדר הוא מקפת. עלינו לבחון האם ההסדר מקיים חזקת קיפוח כלשהי הקבועה ב[חוק החוזים](#) האחידים, ואם אכן כך – האם חזקה זו נסתרה בנסיבות המקרה. אם לא מתקיימת אחת מחזקות הקיפוח שבחוק, עדיין שומה עלינו לבחון האם ההסדר מקנה למשיבה יתרון בלתי-הוגן באופן העלול לקפח את לקוחותיה ([סעיף 3 לחוק](#)), ומנגד, עלינו לבחון שמא ההסדר החוזי נחוץ על מנת להגן על אינטרס לגיטימי של המשיבה.

24. אנו סבורים כי חזקת הקיפוח הנטענת על ידי המבקש (דהיינו, זו הקבועה [בסעיף 64\(6\) לחוק החוזים](#) האחידים) איננה חלה בענייננו ואינה רלבנטית להסדר החוזי שבו מדובר. בענייננו מדובר בתנאי חוזי המאפשר, למעשה, את שינוי היקף התמורה החוזית לאחר מועד הכריתה. המקום ה"טבעי" לבחינתו של תנאי כזה הוא במסגרתו של [סעיף 4\(4\) לחוק החוזים](#) האחידים, הקובע חזקת קיפוח ל"תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או

לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח, זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק". מכיוון שהמנגנון המצוי בזכרון הדברים קובע קריטריון ברור ואובייקטיבי לשינוי המחיר החוזי, שאינו נתון לשליטתו של הספק, ממילא ברור כי לא מתקיימת חזקת הקיפוח שבסעיף.

25. העובדה שלא מתקיימת חזקת קיפוח במסגרתו של סעיף 4 לחוק החוזים האחידים, איננה מונעת כמובן מהמבקש לנסות להרים את הנטל ולהוכיח, בגדרו של סעיף 3 לחוק, כי התנאי האמור מקנה לספק יתרון בלתי-הוגן העלול להביא לקיפוח הלקוחות. אנו סבורים כי במקרה זה לא עלה בידי המבקש להוכיח זאת. יתר על כן, אנו סבורים כי יש בטיעוני המשיבה כדי לשכנע כי המנגנון הנדון הנו הכרחי על מנת להגן על אינטרס כלכלי חשוב ולגיטימי שלה.

26. תחילה נציין שאנו סבורים כי הדוגמה שהביאה המשיבה מהחקיקה איננה רלבנטית לענינו. כפי שמציין בצדק המבקש בסיכומיו, קיים הבדל מהותי בין ההסדר שבתוספת לתקנות עידוד החסכון לבין החוזה בו עסקינן. מטרת התקנות הייתה לעודד חוסכים, ולפיכך נקבע במסגרתן הסדר מיטיב, הפועל לטובת הלקוח ומבטיח כי גם במקרה של ירידת המדד לא תיפגע קרן החסכון. מקרה זה שונה לגמרי מהחוזה בענינו, שבו המנגנון החד-צדדי פועל כנגד הלקוח ולא לטובתו.

27. המשיבה צודקת בטענתה כי היא אינה מקיימת את עסקיה בחלל ריק, אלא פועלת במסגרת המערכת הכלכלית הכוללת. אכן, מבחינת הלקוח, המשיבה בלבד היא בעלת דברו. בענין זה צודק המבקש, הטוען כי היחסים שבין המשיבה לבין צדדים שלישיים אינם מענינו של הלקוח. עם זאת, על מנת לבחון האם ההסדר החוזי שבין המשיבה לבין לקוחותיה נועד להגן על אינטרס כלכלי לגיטימי של המשיבה, לא ניתן להתעלם מההקשר הכולל ומהסביבה העסקית במסגרתה פועלת המשיבה. המשיבה מממנת את הבניה באמצעות אשראי בנקאי. היא אף רוכשת חומרים ושירותים מספקים שונים, ובדרך כלל החומרים והשירותים הללו מסופקים לה באשראי. אם המשיבה פועלת במציאות עסקית בה האשראי המסופק לה צמוד למדד באופן חד-כווני (דהיינו, שהתמורה שהיא מתחייבת לשלם עבור החומרים, השירותים וההלוואות שהיא נוטלת איננה יורדת בכל מקרה אל מתחת למחיר הבסיס שנקוב בחוזה), אין לה כל ברירה אלא להגן על עצמה על ידי קביעת תנאי הצמדה דומה בחוזים עם לקוחותיה. אם לא תעשה כן, עלולה המשיבה למצוא עצמה – במקרה של ירידת מדד – במצב שבו תהיה חייבת לשלם לספקים ולמממנים את סכומי הבסיס שנקבעו בחוזים עמם, בעוד שהתמורה שתקבל מרוכשי הדירות תופחת. בכך עלול להתערער כל תחשיב הכדאיות של הפרויקט ועלולה להיגרם למשיבה פגיעה כלכלית קשה.

28. אכן, אם תחול תמורה כוללת במשק (או לפחות בסביבה העסקית שבמסגרתה פועל ענף הבנייה למגורים) ומנגנוני הצמדה חד-כיווניים יפוסו מן העולם, יהיה מקום לבחון שוב את ההצדקה לקיומו של מנגנון כזה בחוזה המכירה של הדירה ללקוח. אולם, כל עוד המציאות הכלכלית היא שמנגנון כזה הוא מנגנון נפוץ במשק, אנו סבורים כי הכללתו בזכרון הדברים נועדה להגן על אינטרס כלכלי לגיטימי של המשיבה ועל כן אין מקום לבטלו או לשנותו.

סעיף 9.2 לזכרון הדברים – התניית ההשבה בחתימה על מסמכי ביטול

29. סעיף 9.2 לזכרון הדברים קובע כי במקרה שהקונה לא יחתום על הסכם הרכישה מכל סיבה שהיא, יהא זכרון הדברים בטל ומבוטל. הסיפא לסעיף זה, התנתה במקור את זכותו של הקונה להשבת הכספים ששילם למשיבה בחתימתו על מסמכים שונים בקשר עם ביטול זכרון הדברים.

30. בענין זה טען המבקש בסיכומיו כי התניית ההשבה בחתימה על מסמכים שונים הופכת את הקונה ל"בן ערובה" בידי המשיבה. מצב זה חמור שבעתיים לאור העובדה שאותם מסמכים אינם מוצגים בפני הקונה בעת החתימה על זכרון הדברים. המשיבה, לעומת זאת, טענה כי כל שנדרש מצידו של הרוכש הוא להצהיר כי קיבל את כספו חזרה בציון הסכום שהושב ומועד ההשבה, וכי מדובר בפרוצדורה אשר חוסכת אי-בהירות לגבי גובה הכספים שהושבו וכן לגבי עצם סיום ההתקשרות שבין הצדדים.

31. בדיון שהתקיים בבית הדין ביום 11.10.09 הגיעו הצדדים לידי הסכמה, לפיה ייקבע בסעיף הנדון כי כל סכום ששולם על ידי הקונה בפועל, יושב לו בצירוף הפרשי הצמדה המחושבים על פי סעיף 7.9 לזכרון הדברים, בתוספת ריבית בשיעור שיהיה נהוג באותה עת בבנק לאומי לישראל בע"מ בגין פקדונות יומיים, ובניכוי 500 ש"ח דמי טיפול, וזאת בתוך 7 ימים מיום מתן הודעה על ידי הרוכש על ביטול זכרון הדברים. בדיון שהתקיים ביום 13.10.10 הבהירה המשיבה כי בכך היא הסכימה לוותר על הדרישה המתנה את ההשבה בחתימה על מסמכים שונים, וכי כספו של הרוכש יושב לו תוך 7 ימים מיום מתן הודעתו על ביטול זכרון הדברים.

32. לטעמנו הסכמה זו היא ראויה. דרישה גורפת לחתימה על מסמכי ביטול, העשויים לשלול טענות משפטיות שונות של הקונה בדבר תוקף ההתקשרות כמו גם זכויות נוספות שהקונה עשוי לטעון להן עקב התנהלות המוכרת (ולא רק חתימה על מסמכים בעלי אופי "טכני" בנוגע לגובה הסכום שהושב ומועד ההשבה), מקימה את חזקות הקיפוח הקבועות [בסעיפים 6\(4\) לחוק החוזים](#) האחידים (הגבלת זכות או תרופה העומדת ללקוח על פי דין) ו-4(8) לחוק (הגבלת הזכות להשמיע טענות בערכאות משפטיות). לפיכך אנו סבורים כי הסעיף בנוסחו הקודם אכן היה מקפח, וכי יש בתיקון המוסכם של הסעיף למנוע את הצורך בהתערבותו של בית הדין.

סעיף 13 לזכרון הדברים – התניית תוקף זכרון הדברים באישור הנהלה

33. סעיף 13 לזכרון הדברים מתנה את תוקף זכרון הדברים באישור הנהלת המשיבה. המבקש טוען כי התניה כזו היא מקפחת. המשיבה, לעומתו, סבורה כי זכותה של הנהלת החברה לשמר בידה את השליטה בעסקאות אותן עורכת החברה מבלי שהקונה יהיה מודע לשיקולי הנהלה, וכי סעיף 13 מהווה למעשה "מסננת" נוספת עבור המשיבה בהתקשרויותיה עם רוכשי הדירות.

34. אנו סבורים כי במחלוקת זו צודק המבקש בטענותיו. ראוי לזכור כי ה"סינון" הנוסף שסעיף 13 מאפשר למשיבה נעשה לאחר שכבר נחתם זכרון הדברים הן על ידי הקונה והן על ידי נציג המשיבה. בשלב זה נוצרת כבר, ללא ספק, מידה לא מעטה של הסתמכות מצד הקונה.

35. [בע"ש 7053/99 כ.ג.ד. ערוץ הקניות בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה](#) [פורסם בנבו] (מיום 7.8.01) נאמר:

"הימנעותה של המבקשת מלציין בחוזה את הסיבות בשלהן היא שומרת לעצמה את הזכות שלא לאשר את העיסקה, חושפת את הקונה אשר נענה להזמנתה לרכוש את המוצר למגוון רחב של גורמים, שחלקם אינם תלויים בו, העשויים למנוע את ביצוע ההתקשרות. בנסיבות אלה, האפשרות הניתנת ביד המבקשת להימנע מלאשר את ההתקשרות מסיבות לא ידועות ובלתי מוגדרות מראש, מכניסה לעסקה אלמנט של חוסר וודאות ועשויה לפגוע בציפייה הסבירה של הקונה שנענה להזמנתה, לביצוע העיסקה. בכך, יש כדי להקים חזקת קיפוח לפי סעיף 4(2) [לחוק החוזים](#) האחידים החלה לגבי 'תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה'".

36. עקרונית אנו נכונים להכיר בהיגיון העומד ביסוד ההבחנה שהציעה המשיבה בסיכומיה, בין עסקת מכר מקרקעין לבין עסקאות פשוטות יותר. אנו סבורים כי בנסיבות מסוימות, במיוחד במקרים של עסקאות מורכבות ובעלות משמעות כלכלית ניכרת, ייתכן שיהיה מקום להכיר בזכותה של הנהלת חברה להותיר בידיה את השליטה בעסקאות שנערכו על ידי פקידיה. עם זאת, זכות זו תלויה בנסיבות המקרה. נוכח העובדה שבשלב זה נוצרת, כאמור, מידה לא מעטה של הסתמכות מצד הקונה, הרי פרישה של המשיבה בשלב זה עשויה להיחשב כמנוגדת לעיקרון תום הלב וממילא גם כמקפחת. על מנת לאזן בין אינטרס ההסתמכות של הקונה לבין האינטרס העסקי הלגיטימי של המשיבה "לסנן" את העסקאות בהן אין ההנהלה מעוניינת, ראוי לקבוע בזכרון הדברים קריטריונים לאישור או לאי-אישור ההתקשרות על ידי הנהלת החברה, או לפחות לקבוע כי הנהלת החברה לא תסרב לאשר את ההתקשרות אלא מטעמים סבירים, ואין להותיר זאת לשיקול דעת בלתי-מוגבל של ההנהלה. יתר על כן, ראוי גם לתחום באופן ברור את משך הזמן (וראוי שיהיה זה פרק זמן קצר ביותר) שבמסגרתו רשאית הנהלת החברה להודיע כי אינה מאשרת את ההתקשרות. במקרה דנן, סעיף 13 לזכרון הדברים מאפשר להנהלת המשיבה שלא לאשר את ההתקשרות וזאת ללא קביעת קריטריונים וללא מגבלת זמן. על כן אנו קובעים כי הסעיף במתכונתו הנוכחית עלול לקפח את הלקוחות ואנו מחליטים לבטלו. עם זאת, פתוחה הדרך בפני המשיבה לנסחו מחדש באופן שיכלול קריטריונים או יתנה את אי-האישור בטעמים סבירים, וכן יהיה כפוף למגבלת זמן כאמור לעיל.

סעיף 3.3 רישא להסכם – אחריות המשיבה לשינויים ולתוספות

37. הסעיף קבע בתחילה כי במקרה בו הקונה יבקש לבצע שינויים או תוספות בדירה לעומת הקבוע במפרט, תפנה אותו המשיבה אל הקבלן המבצע, על מנת שייחתם ביניהם הסכם בדבר השינויים המבוקשים, ועל המשיבה לא תחול כל אחריות בקשר עם השינויים הללו וביצועם.

38. המבקש טען כי מדובר בתניה מקפחת, המתיימרת להקנות למשיבה פטור גורף מאחריות, וכי אין כל הצדקה לכך. המבקש הדגיש כי הקבלן המבצע את השינויים הוא קבלן שנבחר על ידי המשיבה. יתר על כן, לקונה אין למעשה אפשרות לבחור את הקבלן כרצונו, משום שכל עוד לא נמסרה הדירה לקונה מנוע הוא, על פי תנאי החוזה, מלבצע שינויים בדירה באמצעות קבלן אחר.

39. אנו סבורים כי צודק המבקש בטענותיו. התקשרותו של הקונה היא עם המשיבה. היא האחראית כלפיו לפרויקט ולדירה. ביצוע של שינויים ותוספות איננו ענין המנותק מהפרויקט ומהדירה. לכל שינוי או תוספת עשויות אף להיות השפעות על חלקים אחרים של הדירה, ולעיתים של הבנין (דירות אחרות ורכוש משותף – ראו פסקה 173 לסיכומי המשיבה). לפיכך לא ניתן להתייחס לשינויים הללו בנפרד מהדירה כולה כמכלול. הסרת אחריות מעל המשיבה עלולה אף לגרום בהמשך למחלוקות קשות לגבי מידת אחריותה לחלקים אחרים בדירה, שייתכן שיושפעו – ולו בדרך עקיפה – מביצוע השינויים. זאת ועוד, מאחר שהמשיבה היא בגדר "מוכר", כמשמעותו של מונח זה [בחוק המכר](#) (דירות), אזי הסרת אחריותה לגבי חלקים כלשהם מהדירה – שבוצעו ונבנו עוד קודם למסירתה לידי הקונה – יש בה משום התניה אסורה על הוראות החוק האמור, הקובע בסעיף 7א(א) כי "אין להתנות על הוראות חוק זה, אלא לטובת הקונה או קונה המשנה".

40. במהלך הדיון שהתקיים בבית הדין ביום 11.10.09 הסכימה המשיבה לשנות את הסעיף באופן שייקבע בו כי היקף אחריותה לגבי שינויים ותוספות יהא זהה להיקף האחריות החלה עליה בהתאם לסעיף 5 להסכם לגבי הדירה כולה (ראו גם פרוטוקול הדיון מיום 13.10.10, עמ' 8). סעיף 5 להסכם קובע את אחריות החברה לכל פגם, ליקוי או אי-התאמה וזאת בהתאם להוראותיו הכופות של [חוק המכר](#) (דירות), ובהתאם לתקופות האחריות והבדק הקבועות באותו חוק. עדיין נותרה מחלוקת בין הצדדים בנוגע לדרישת המבקש להרחבת האחריות של

המשיבה בגין שינויים ותוספות, גם לגבי עילות שמחוץ ל**חוק המכר** (דירות). עמדת המבקש מקובלת עלינו: מתן פטור למשיבה מעילת תביעה נגדה בגין השינויים והתוספות – ככל שעילה כזו מוקנית לקונה – יוצר חזקת קיפוח לפי **סעיף 64(6)** ל**חוק החוזים** האחידים (הגבלת זכות או תרופה העומדת ללקוח על פי דין). חזקה זו לא נסתרה, ואף התחזקה לנוכח ההבחנה אותה עורך ההסכם בין אחריות המשיבה לשינויים ולתוספות לפי **חוק המכר** (דירות) לבין אחריותה לשינויים ולתוספות לפי כל דין אחר. להבחנה זו לא הוצג טעם עניני, ויש בה כדי לפגוע בסעדים המוקנים בדין ללקוח. לפיכך אנו מורים על שינויו של סעיף 3.3 רישא להסכם, כך שבמקום הקטע המתחיל במילים "על החברה לא תחול" ועד המילים "בסעיף 5 להלן", יבוא: "החברה תהיה אחראית בקשר עם השינויים וביצועם בהתאם להוראות כל דין, וכן לתיקון פגמים בהתאם לקבוע בסעיף 5 להלן".

סעיף 3.3 סיפא להסכם – איסור על דחיית תשלומים במקרה של מחלוקת

41. הסעיף קובע כי "מוסכם כי שום מחלוקת בקשר לשינויים כלעיל לא תהווה עילה לעיכוב תשלומים מצד הקונה או לאי מילוי התחייבות אחרת כלשהי מהתחייבויותיו על פי הסכם זה".

42. המבקש טוען כי הסעיף מקפח בכך שהוא מחייב את הקונה לעמוד בכל התחייבויותיו ובכל התשלומים וזאת אף אם יש לו טענות טובות בקשר לשינויים, כגון במקרה שהשינויים בוצעו באופן רשלני. עוד טוען המבקש כי הנוסח מתנה על זכותו של הקונה, המוקנית לו בדין, לדחות את קיום חיוביו, בהתקיים נסיבות המצדיקות זאת. לפיכך טוען המבקש כי סעיף 3.3 סיפא מקיים את חזקות הקיפוח הקבועות **בסעיפים 64(6)** ו-**84(8)** ל**חוק החוזים** האחידים.

43. המשיבה טוענת, כטענה מקדמית, כי מדובר בהרחבת חזית, שכן טענות המבקש בענין זה לא נטענו בבקשה המקורית. אף שעקרונית האיסור על הרחבת חזית תקף גם בהליכים בפני בית הדין, הובהר כבר בפסיקה קודמת (ראו **ח"א 8002/02** המפקח על הבנקים נ' הבנק הבינלאומי הראשון למשכנתאות בע"מ, [פורסם בנבו] מיום 5.5.09, פסקה 32; להלן – **ענין הבנק הבינלאומי**) כי אופיו המיוחד של ההליך בפני בית הדין, עשוי לאפשר לעיתים לסטות מהכלל האוסר הרחבת חזית, ובלבד שנשמר עקרון היסוד לפיו יש לאפשר לצד האחר הזדמנות נאותה להשיב לטענות שחרגו מחזית הטיעון המקורית. מטרת העל של **חוק החוזים** האחידים, כפי שנקבעה **בסעיף 1** לחוק, היא "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים". לשם השגת מטרה זו אף רשאי בית הדין לסטות לעיתים מסדרי הדיון הרגילים ולדון "בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה" (**סעיף 9(ג)** לחוק). ההליך בפני בית הדין עשוי להיות בעל השלכה רחבה ובעל חשיבות ציבורית רבה, כמו במקרה של החוזה הנדון בעניננו. בנסיבות אלה עשוי בית הדין לאפשר הרחבת חזית, על מנת שלא להותיר על כנם תנאים מקפחים בחוזה שנדון בפניו, רק בשל סיבות דיוניות, וכל זאת בכפוף לכך שניתנה, כאמור, לצד האחר הזדמנות נאותה לטעון טענותיו. בהליך שבפנינו ויתרו הצדדים ממילא על הבאת ראיות והעלו את כלל טענותיהם במסגרת הסיכומים בכתב שהוגשו מטעמם. בסיכומיה התייחסה המשיבה באריכות ובפירוט לטענה הנוגעת לסעיף 3.3 סיפא, כפי שעשתה ביחס לשאר טענות המבקש. בנסיבות אלה לא קיים חשש כלשהו לפגיעה בזכות דיונית של המשיבה, מחד גיסא, אך קיים חשש ממשי לפגיעה בציבור הלקוחות אם לא נדון בטענת הקיפוח, מאידך גיסא. אנו מחליטים לפיכך לדון ולהכריע בטענות הנוגעות לסעיף 3.3 סיפא להסכם.

44. לגופו של ענין, טענתה העיקרית של המשיבה היא שלא מתקיימת תלות בין החיוב הקשור בביצוע השינויים לבין חיוב התשלום, וזאת לאור העובדה שכל החיובים הנוגעים לביצוע השינויים חלים אך ורק על הקבלן המבצע, בעוד שחיוב התשלום הוא חיוב שחל על הקונה כלפי המשיבה. עם זאת, בדיון שהתקיים ביום 13.10.10 הסכימה המשיבה לאפשר לקונה לעכב תשלומים בגין אחריותה לשינויים על פי סעיף 5 להסכם המפנה

לחוק המכר (דירות), בתנאי שהדין מאפשר לקונה את העיכוב. אלא שלדעתנו, אין די בהסכמה זו. כפי שהבהרנו בפרק הקודם, אשר עסק בחלקו הראשון של סעיף 3.3 להסכם, האחריות בנוגע לשינויים חלה גם על המשיבה לא רק מכוח **חוק המכר** (דירות). אחריות זאת של המשיבה יוצרת חיובים הדדיים. בין החיובים ההדדיים הללו (חיוב התשלום מצד הקונה וחיובי המשיבה בנוגע לשינויים) עשויים להתקיים, לפיכך, יחסי תלות, וזאת בין אם מדובר בחיובים בו-זמניים, שיש לקיימם בד בבד, ובין אם מדובר בחיובים שיש לקיימם במועדים שונים.

45. בהתקיים יחסי תלות בין חיובים הדדיים, רשאי בדרך כלל צד לעכב את קיום חיובו כל עוד הצד האחר אינו מקיים את חיובו הוא. דחיית קיום כזו הייתה אפשרית בעבר בעיקר כאשר היה מדובר בחיובים הדדיים שיש לקיימם בד בבד (ראו **סעיף 43(א)(3) לחוק החוזים** (חלק כללי), תשל"ג-1973). אולם מזה שנים לא מעטות מכירה הפסיקה בכך שבמרבית המקרים מתקיימים יחסי תלות בין חיובים הדדיים, אף כשמדובר בחיובים שאינם בו-זמניים (ראו, למשל: **ע"א 670/89 מקור פיתוח עירוני בע"מ נ' קרון, פ"ד מה(3) 7**; **ע"א 1816/91 דלתא הנדסה בע"מ נ' שיכון עובדים**, [פורסם בנבו] מיום 16.6.98; **ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית בע"מ, פ"ד נה(3) 913**). יחד עם זאת, הפסיקה סייגה את זכותו של הנפגע לדחות את קיום חיובו, וקבעה כי דחיית קיומו של חיוב אפשרית רק בתגובה להפרתו של חיוב נגדי עיקרי. צד אינו רשאי לדחות קיומו של חיוב עיקרי ומהותי בחוזה (כגון חיוב התשלום החל על הקונה) כתגובה לאי-קיום חיוב שולי או טפל בידי הצד האחר. לענין זה ראו, לדוגמה: **ע"א 2568/98 פטר נ' חממי, פ"ד נז(4) 796**.

46. המסקנה היא, שהוראת סעיף 3.3 סיפא לא תיחשב למקפחת כאשר היא מתייחסת למחלוקת הנוגעת להפרה של חיוב מצד המשיבה בקשר לשינויים ותוספות, בנסיבות בהן יש לראות את החיוב המופר כשולי וצדדי. במקרה כזה ממילא אין הקונה זכאי לדחות את קיום חיובו, ומשום כך אין הסעיף שולל ממנו זכות כלשהי. לעומת זאת, הסעיף ייחשב למקפח אם הוא שולל את זכותו של הקונה, העומדת לו על פי דין, לדחות את קיום חיובו, כאשר ההפרה מצד המשיבה נוגעת לשינויים או לתוספות שניתן לראותם כמהותיים ועיקריים בחוזה. למותר לציין כי לא ניתן לקבוע מראש באילו מקרים החיוב הנוגע לביצוע שינויים ייחשב לחיוב מהותי ועיקרי ובאילו מקרים הוא ייחשב לשולי וטפל, שכן התשובה לכך תלויה בנסיבותיו של כל מקרה.

47. מכיוון שהסעיף בנוסחו הקיים אינו עושה הבחנה כלשהי בין המקרים אלא מיועד לחול, על פי נוסחו, גם על מחלוקת הנוגעת להפרתו של חיוב מהותי ועיקרי מצד המשיבה, אנו קובעים כי יש לראות את ההסדר החוזי כמקפח. לאור האמור לעיל אנו מוחקים מסעיף 3.3 סיפא את המילים **"ואולם מוסכם כי שום מחלוקת בקשר לשינויים כלעיל לא תהווה עילה לעיכוב תשלומים מצד הקונה או לאי מילוי התחייבות אחרת כלשהי מהתחייבויותיו על פי הסכם זה"**.

סעיף 3.5 להסכם – זכויות בניה לא מנוצלות

48. הסעיף קובע כי זכויות הבניה הקיימות והעתידיות שייכות למשיבה בלבד, וכי המשיבה רשאית להעביר או למכור זכויות אלה כרצונה. ניסיונות בית הדין להביא את הצדדים לידי הסכמה בנושא זה לא צלחו, ומשכך נדרשים אנו להכריע בסוגיה.

49. המבקש סבור כי סעיף זה עלול להביא לקיפוח הלקוחות, וזאת בשל הסיבות הבאות: **ראשית**, אין זה סביר לאפשר למשיבה לשמור לעצמה את זכויות הבניה במצב שבו היא כבר איננה בעלת המקרקעין. להמחשת טיעונו מביא המבקש דוגמה, לפיה לאחר שנמכרו כל הדירות בבנין ולמשיבה לא נותרו עוד כל זכויות במקרקעין, אושרה תוכנית המקנה זכויות בניה נוספות. המבקש טוען כי לא יעלה על הדעת שהזכויות הללו יוקנו למשיבה,

שבשלב זה כבר איננה בעלת זיקה כלשהי למקרקעין, ולא לבעלי הדירות. **שנית**, המבקש טוען כי סוגיית מעמדן המשפטי של זכויות-בניה היא סוגיה סבוכה, המעוררת שאלות לא מעטות: האם זכויות בניה הן מושא לזכויות קניין בנפרד מהמקרקעין? האם הן בגדר רכוש משותף שניתן להצמידו לדירה בבית המשותף? האם ניתן לנייד את זכויות הבניה למקרקעין אחרים? כל אלה – כך טוען המבקש – הן שאלות מורכבות המערבות שיקולים הן מתחום דיני המקרקעין והן מתחום דיני התכנון והבניה, והדעות לגביהן חלוקות (ראו: יהושע **ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף** (תשנ"ז) 419; מיגל דויטש, **קנין** (כרך א, תשנ"ז) 665; **ע"א 151/87 ש. ארצי, חברה להשקעות בע"מ נ' רחמני, פ"ד מג(3) 489, 503-504**; **ע"א 432/83 מזרחי נ' חביב, פ"ד מ(4) 673, 680**). המבקש סבור, לפיכך, כי יש להכפיף את זכותה של המשיבה להעביר זכויות בניה להוראות כל דין. **שלישית**, טוען המבקש, כי ערך הדירה הנרכשת וההנאה שניתן להפיק ממנה תלויים לא רק בתכונות הדירה עצמה, אלא במאפייני הבניין כולו, ולפיכך למימושן של זכויות בניה עשויה להיות השפעה מוחשית על ההנאה שעשוי הקונה להפיק מדירתו. יתר על כן, טוען המבקש, לא ניתן לנתק את שווי הדירה מהערך הכלכלי הגלום בניצול האפשרי של זכויות הבניה (זמיר **חוק המכר** (דירות), בעמ' 691-692). מסיבה זו אין זה ראוי כי המשיבה תשמור לעצמה זכות להעביר או לנייד זכויות בניה ככל שהדין אינו מאפשר זאת. עם זאת, במידה שהדין מכיר באפשרות כזו, ראוי להעמיד את הקונה על הצמדת או הוצאת זכויות הבניה על ידי ציון עובדה זו במפרט.

50. המשיבה, מנגד, טוענת כי הסעיף אינו מקפח וכי הוא חיוני לשמירת האינטרס הכלכלי שלה, שכן לולא הסעיף האמור יכולים היו רוכשי הדירות לטעון כי זכויות הבניה הן בגדר רכוש משותף השייך להם הגם שכלל לא שילמו עבורן. הסעיף נועד למנוע טענה כזו ולאפשר למשיבה למכור את הזכויות הללו כרצונה, וכן לאפשר לרוכשי הזכויות מאת המשיבה להפיק תועלת מהזכויות שרכשו. המשיבה מוסיפה וטוענת כי הפסיקה קבעה במפורש כי בעלי דירות בבית המשותף רשאים להגיע להסכמות חוזיות בדבר אופן ניצולן של זכויות בניה ואף לעגן הסכמות חוזיות אלה בתקנון הבית המשותף (ראו, למשל: **ע"א 10322/03 ישעיהו נ' שטרייכר, פ"ד נט(6) 449, 466**). מכאן מסיקה המשיבה כי אין כל מניעה לקבוע בחוזה שהמשיבה הנה בעלת זכויות הבניה הבלתי-מנוצלות במקרקעין וכי היא רשאית למכרן, להעבירן, או לניידן לחלקה אחרת, כפי רצונה.

51. ההכרעה בסוגיה זו מחייבת לאזן בין שני שיקולים עיקריים: מחד גיסא, זכויות הבניה הבלתי-מנוצלות עשויות להיות נכס בעל ערך כלכלי משמעותי ביותר. איננו סבורים כי יש מקום להתערב בחוזה באופן שיפגע באינטרס כלכלי חשוב ולגיטימי זה של המשיבה. ראוי, לפיכך, לאפשר לה לעשות בזכויות הבניה כרצונה, בכפוף למגבלות הקבועות בדין. מאידך גיסא, זכויות הבניה – כל עוד לא מומשו – הן נכס לא מוחשי. מטבע הדברים, נכס בעל אופי "חמקמק" מעין זה אינו מצוי בדרך כלל במוקד תשומת ליבו של הלקוח (בניגוד, למשל, לנכסים מוחשיים המוצאים מהרכוש המשותף כגון חניות או מחסנים). יש להבטיח, לפיכך, כי עובדה זו לא תנוצל לרעה בגדרו של החוזה האחיד באופן העלול לקפח את הלקוחות וכי הללו יהיו מודעים כראוי לעצם קיומן של זכויות בניה עודפות ולעובדת העברתן או הצמדתן לדירה פלונית. יתר על כן – ולכך הסכימה גם המשיבה (בפסקה 216 לסיכומיה ובדיון מיום 13.10.10) – אין מקום להוראה חוזית המתיימרת להקנות למשיבה לנצח זכויות בניה שיווצרו בעתיד, לרבות בשלב שבו המשיבה כבר מכרה את כל זכויותיה במקרקעין. אנו סבורים כי הנוסח הקיים של סעיף 3.5 להסכם רחב מדי, באופן שניתן לפרשו ככולל גם אפשרות כזו, והדבר מחייב הבהרה.

52. אנו קובעים, לפיכך, כי נוסחו הקיים של סעיף 3.5 להסכם עלול להביא לידי קיפוח הלקוחות, וכי לשם הסרת החשש מפני קיפוח יש לתקנו באופן הבא: **ראשית**, על המשיבה להוסיף לסעיף הבהרה, לפיה הוראת הסעיף איננה חלה לגבי זכויות בניה עתידיות שיווצרו לאחר שהמשיבה תמכור את כל הדירות בבנין (להסרת ספק מובהר, כי הכוונה היא למכירה במובנה האובליגטורי. דהיינו, יש לראות את המשיבה כמי שמכרה את כל

זכויותיה, לאחר שתכרות חוזים למכירת כל הדירות בבנין, ואין הכוונה לשלב הרישום של הדירות על שם הרוכשים – תהליך שניסיון החיים בישראל מלמדנו כי הוא עלול להימשך, לדאבון הלב, שנים לא מעטות). **שנית**, על המשיבה לציין בסעיף כי הרשות המוקנית לה להעביר את זכויות הבניה הבלתי-מנוצלות, או למכרן או להצמידן או לניידן לחלקות מקרקעין אחרות, היא בכפוף להוראות כל דין. **שלישית**, על המשיבה לציין באופן מלא ומפורט בהסכם או במפרט המצורף להסכם, כל העברה של זכויות בניה או הצמדתן לדירה פלונית, וזאת בדומה להסדר שנקבע בדין לגבי הוצאת חלקים מהרכוש המשותף (ראו [סעיף 6\(א\)\(1\) לחוק המכר](#) (דירות), וכן [סעיף 9.3](#) בתוספת [לצו מכר דירות \(טופס של מפרט\)](#), תשל"ד-1974). לא נעלמה מאיתנו הפסיקה שלפיה זכויות בניה בלתי-מנוצלות אינן בגדר "רכוש משותף" (אלא בבחינת "נכס בבעלות משותפת", ככל שלא נקבעו הסכמות חוזיות אחרות, ראו: [ע"א 432/83](#), לעיל, עמ' 681-680; [ע"א 10322/03](#), לעיל, עמ' 466), ולכן, לכאורה, הוראת [סעיף 6\(א\)\(1\) לחוק המכר](#) (דירות) איננה חלה לגביהן על פי פשט לשונה. עם זאת, הרציונל העומד ביסוד [סעיף 6\(א\)\(1\)](#) הנ"ל – "להציף" את עובדת הוצאתו של חלק מהרכוש המשותף ולהביאה לתודעתו של הקונה – חל גם בעניינו. לכן אף אם [סעיף 6\(א\)\(1\)](#) הנ"ל איננו חל באופן ישיר, ראוי להחילו בדרך של היקש.

סעיף 3.7 להסכם – שינוי חד-צדדי של מקום חדר השנאים

53. סעיף 3.7 להסכם קובע, בין היתר, כי המוכרת רשאית להקים בבנין או בסמוך לו, בכל מקום שיאושר על ידי הרשויות, חדר שנאים ומתקנים אחרים עבור חברת החשמל וספקיות התקשורת והגז.

54. המבקש סבור כי במקרה שבו שונה באופן מהותי מיקומו של חדר השנאים (או מיקומו של תשתיות אחרות) לעומת המיקום המופיע במפרט – כגון במקרה בו הוזז חדר השנאים ומוקם סמוך לדירתו של הקונה – יש לאפשר לקונה לבטל את החוזה מבלי שהדבר ייחשב להפרה על ידו.

55. המשיבה סבורה כי די בכך שחדר השנאים חייב לעמוד בסטנדרטים המקובלים במשרד הבריאות לגבי רמת קרינה, ועל כן מיקומו המדויק אינו משמעותי לקונה.

56. במחלוקת זו הדין עם המבקש. אכן, גם אם רמת הקרינה העולה מחדר השנאים עומדת בתנאים הנדרשים על פי החוק, עובדה ידועה היא שחדר השנאים וחדרי התקשורת מהווים מקור לקרינה מייננת וכי המודעות להשלכות הבריאותיות של קרינה מייננת עלתה מאד בציבור בשנים האחרונות. עבור אנשים לא מעטים, מיקום חדר השנאים הוא קריטריון משמעותי בבחירת דירתם, וייתכן שיש בכך אף כדי להשפיע על ערך הדירה בשוק. מתן אפשרות חד-צדדית למוכרת לשנות את מקום חדר השנאים לאחר כריתת החוזה, פוגע למעשה באופי הממכר עבור דיירים אלה, עד כדי אי-התאמה לדירה המקורית אותה רכשו. בנסיבות הללו, שלילת האפשרות לטעון כנגד שינוי מיקומו של חדר השנאים שוללת את זכויותיו של הקונה על פי חוק ואת האפשרות להעלות טענות משפטיות הנתונות לו על פי דין. הנוסח הקיים של הסעיף מקים, לפיכך, הן את חזקת הקיפוח הקבועה [בסעיף 4\(4\) לחוק החוזים](#) האחידים, הן את זו הקבועה [בסעיף 4\(6\)](#) לחוק והן את החזקה הקבועה [בסעיף 4\(8\)](#) לחוק. המשיבה לא עמדה בנטל לסתור את החזקות הללו.

57. אנו קובעים לפיכך כי על מנת להסיר את הקיפוח יש לשנות את נוסח הסעיף באופן הבא: בשורה הראשונה והשנייה של הסעיף יימחקו המילים "או בכל מקום אחר שיאושר על ידי הרשויות"; ובסוף הסעיף ייוסף: "אין בהודעה כאמור כדי לגרוע מכל זכות או תרופה הנתונות לקונה על פי דין".

סעיף 4.4 להסכם – דחיית מועדי ביצוע החוזה בשל אירועים בלתי-צפויים

58. סעיף 4.4 להסכם עוסק בדחיית מועדי הביצוע של החוזה בשל אירועים לא צפויים. בסעיף זה נערכו כמה תיקונים בהסכמת הצדדים, אך עדיין נותרו מספר מחלוקות אשר מוטל עלינו להכריע בהן. הנוסח המעודכן של הסעיף, לאחר ששולבו בו התיקונים המוסכמים, קובע כדלקמן:

"אם כתוצאה מגורמים שאינם תלויים בחברה ושאינן לחברה שליטה עליהם או אם כתוצאה מכוח עליון, לרבות מלחמה, גיוס כללי, פעולות איבה, מהומות, שביתות ו/או השבתות כלליות בענף הבנייה או במשק, מחסור כלל ארצי בחומרי בניה, מחסור כלל ארצי בכוח אדם (לרבות עקב סגר כללי או הגבלת כניסת פועלים), תופעות טבע חריגות, גילוי עתיקות או אתר קבורה, איחור בביצוע עבודות הפיתוח המבוצעות על ידי הרשות המקומית שאינן באשמת החברה, צווים ממשלתיים או עירוניים, ובלבד שלא הוצאו באשמת החברה, יחול עיכוב בהשלמת הנכס, יידחה מועד המסירה הצפוי בתקופת הזמן המתחייבת באופן סביר מההפרעה או העיכוב הנ"ל".

בהמשך קובע הסעיף:

"החברה תנקוט באמצעים סבירים על מנת למנוע או להקטין במידת האפשר את העיכוב בהשלמת הנכס. חודשיים לפני מועד המסירה הצפוי תודיע החברה לקונה אם יידחה מועד המסירה הצפוי כאמור בסעיף זה".

59. לדעת המבקש גם בנוסחו המתוקן הסעיף עודנו מקפח, וזאת בכמה ענינים: ראשית, על המשיבה להתחייב כי התרחשותו של הגורם המעכב לא הייתה צפויה על ידה. שנית, על המשיבה להתחייב להודיע ללקוח מהו פרק הזמן בו צפוי לחול העיכוב. שלישית, המבקש סבור כי במקרה בו תקופת העיכוב תעלה על תקופה סבירה כגון שלושה חודשים, יש ליתן ללקוח אפשרות לבטל את החוזה מבלי שהדבר יחשב להפרה מצידו.

60. עוד טוען המבקש, כי מדובר בסעיף הדוחה את מועד הקיום החוזי, ובכך מונע מן הקונה, במקרה של איחור במסירה, לבטל את החוזה או לדרוש פיצויים על הפרתו. המבקש טוען, לפיכך, כי נוסח הסעיף מקים את חזקות הקיפוח **שבסעיף 2/4 לחוק החוזים** (תנאי המקנה לספק זכות בלתי-סבירה לבטל או להשעות או לדחות את ביצוע החוזה) **ובסעיף 6/4 לחוק** (הגבלת תרופה העומדת ללקוח על פי דין). לעומתו טוענת המשיבה כי הנוסח הקיים של הסעיף לאחר השינויים שבוצעו בו, אינו עולה כדי קיפוח וכי יש לאשר את הנוסח המוצע.

61. כאמור, במרכזו של סעיף 4.4 להסכם עומדת שאלת השפעתם של מאורעות בלתי-צפויים על המחויבות החוזית של המשיבה. לפיכך, נבחן בפסקאות הבאות מהי עמדת המשפט הישראלי בנושא זה; האם הוראות סעיף 4.4 סוטות מאותה עמדה; ואם כן – האם מדובר בסטייה העולה כדי קיפוח.

62. ככלל, ניתן לאפיין שתי גישות מרכזיות בשאלת השפעת מאורעות בלתי-צפויים על חבותם החוזית של הצדדים. גישה אחת, שניתן לכנותה "הגישה הסטטית", דוגלת בעקרון האחריות החוזית המוחלטת. גישה זו תבקש שלא להכיר בהשפעתם של אירועים לא צפויים על המחויבות החוזית. לעומת זאת, הגישה האחרת, שניתן לכנותה "הגישה הדינמית", שמה דגש על החיוב המוסרי שבקיום הבטחות. על פי גישה זו, הנטייה תהיה לא להטיל אחריות על חייב שאינו יכול לקיים את התחייבותו שלא באשמתו, כגון כאשר התרחשו לאחר כריתת החוזה אירועים לא צפויים שיש בהם כדי למנוע את מימוש ההתחייבויות שבחוזה. הפטור לחייב בנסיבות אלה עולה בקנה אחד עם עקרונות של הגינות, תום-לב וצדק. לסקירת ההבדלים בין הגישות השונות בנושאים אלה, ראו: גבריאלה **שלו, דיני חוזים – החלק הכללי**, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ה); להלן – **שלו חוזים** (617 ואילך); ברק **מדינה, הפרק בדבר סיכול חוזה**. בהצעה לחוק דיני ממונות: פוליטיקה ומשפט בניסוח

קוד אזרחי" משפטים לו 453 (תשס"ז); אריאל פורת, "חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה" עיוני משפט טז 65 (תשנ"א). ראו גם את פסקי הדין: [ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד\(5\) 506, 517](#); [ע"א 5628/99 מרקין נ' משה, פ"ד נו\(1\) 14, 20](#); ת"א (מחוזי ת"א) 1072/07 גדעון נ' פוקס, [פורסם בנבו] מיום 7.3.10, והסקירה הנרחבת המופיעה בו בסוגיית הסיכול.

63. [סעיף 18 לחוק החוזים](#) (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן – [חוק החוזים תרופות](#) או [חוק התרופות](#)) שענינו "פטר בשל עונש או סיכול החוזה" הוא הסעיף המרכזי בדין הישראלי העוסק בהשפעתם של אירועים לא צפויים על החיוב החוזי. באופן מסורתי הפרשנות שניתנה על ידי הפסיקה בישראל [לסעיף 18](#) הייתה קרובה באופייה לגישה הסטטית, הרואה במחויבות החוזית אחריות מוחלטת. משום כך צמצמה הפסיקה מאד את הנסיבות שמאפשרות שימוש בסעיף. כך למשל, על פי הפסיקה המסורתית, עילת הסיכול כמעט שלא יושמה אפילו במקרים של מלחמה. ראו למשל: [ע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ, פ"ד לג\(3\) 639, 643](#) (בענין מלחמת יום הכיפורים); [ת"א \(ת"א\) 2975/82 לרר נ' עירית חולון](#), פ"מ תשמ"ד(1) 459, 462 (בו נקבע כי מלחמת שלום הגליל הייתה צפויה ונדחתה טענת הסיכול). ברוח דומה סבר השופט ריבלין, בניגוד לדעתו של השופט אנגלרד, בפסק דין [מרקין הנ"ל](#) כי הפקעת קרקע הנה אירוע צפוי שאינו מסכל את קיום החוזה. בדומה לכך קבעה הפסיקה כי פגעי טבע אינם מקימים טענת סיכול. בנושא זה ראו, למשל: [ע"א 421/74 שגן נ' מדר, פ"ד כט\(1\) 445](#).

64. ביטוי חד למגמה המסורתית של הפסיקה לצמצם את עילת הסיכול מצוי בספר שלו חוזים, בעמ' 630: "...הפירוש שניתן לתנאי העדר הצפיה, ואשר לפיו גם אירועים מסכלים שרמת ההסתברות לקיומם קלושה הם בגדר הצפיה הפוטנציאלית של צדדים לחוזה, קרב את האחריות החוזית בארץ לאחריות מוחלטת, והפך את סעיף 18 לחוק התרופות לאות מתה בחקיקה". יתרה מזו, אפילו כאשר התקיימו הנסיבות הללו גרסה הפסיקה כי החוזה ממשיך להתקיים ומשום כך זכאי הנפגע לסעדים חוזיים שונים כגון ביטול החוזה. עמדו על כך פרופ' גבריאלה [שלו וד"ר יהודה אדר בספרם דיני חוזים – התרופות](#), לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ט; להלן – [שלו ואדר תרופות](#)) עמ' 116: "ראיית האחריות החוזית כאחריות מוחלטת משתקפת גם בדיני הסיכול. על פי הדין הנוהג (להבדיל מדיני הסיכול שבהצעת הקודיפיקציה), אפילו במקרה של סיכול, שבו קיום החיוב אינו אפשרי בשל אירוע בלתי צפוי ובלתי נמנע, עדיין אין הצד הלא-מקיים פטור לחלוטין מאחריותו החוזית. [חוק התרופות](#) פטר אותו אמנם מחבות בפיצוי קיום ומכפיפות לתרופת האכיפה, אך עדיין רואה בו מפר ומותיר בידי הנפגע את הכוח לבטל את החוזה ולתבוע מהמפר פיצויי הסתמכות".

65. סעיף 4.4 להסכם חורג מדיני הסיכול המסורתיים הנוהגים בישראל בשני מובנים: ראשית, כפי שראינו חלק מן המקרים המפורטים בסעיף כגון מלחמה, סגר או אפילו איחור בביצוע עבודות פיתוח, אינם נחשבים לאירועים שלא ניתן לצפות אותם בהתאם לקריטריונים המסורתיים שהוצבו בפסיקה בישראל. שנית, על פי דיני הסיכול הקיימים, אפילו בהתקיים דין הסיכול עומדים לרשות הנפגע סעדים חוזיים ובכללם ביטול החוזה. בניגוד לכך, הנוסח הקיים של סעיף 4.4 דוחה לחלוטין את המחויבות החוזית בקרות האירוע המסכל, ומשום כך מונע מן הנפגע כל סעד במקרה של אירוע לא צפוי.

66. האם השוני בין דיני הסיכול לבין ניסוחו של סעיף 4.4 עולה כדי קיפוח? בעבר היו שראו [בסעיף 18 לחוק החוזים](#) תרופות את אמת המידה לבחינת סעיפים דומים [לסעיף 4.4](#) הנ"ל בחוזים אחידים. אולם לדעתנו, עובדת קיומו של שוני בין ניסוחו של סעיף 4.4 לבין הגישה המסורתית של המשפט הישראלי לסיכול, איננה כשלעצמה הופכת את הסעיף למקפח, וזאת משלושה טעמים: ראשית, בפסיקה הישראלית המאוחרת ניתן לחוש בניצני התהוותה של גישה חדשה לגבי הנסיבות המאפשרות לטעון לסיכול החוזה. כך, בפסקי הדין של השופט אנגלרד

בפרשות מרקין ורגב הנ"ל, קרא השופט לפרשנות מרחיבה של עילת הסיכול שתכלול גם מקרים של הפקעת קרקע (ענין מרקין) ופרוץ מלחמה (ענין רגב). ברוח זו, בשני פסקי דין מחוזיים (ת"א מחוזי י-ס 3531/01 בן אבו חברה לבנין ולפיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] מיום 21.7.02, וענין גדעון הנ"ל), נקבע כי בניגוד לעבר, מלחמה בישראל אינה בהכרח בגדר הצפוי ולכן בנסיבות של מלחמה עשויה להתקיים עילת הסיכול. רוח חדשה זו באה לידי ביטוי ברור עוד יותר בהצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011 (הצעות חוק – הממשלה 595), במסגרתה סעיף הסיכול הקיים הוחלף בהסדר גמיש יותר, הבוחן את חלוקת הסיכון בין הצדדים להסכם. **שנית**, מעבר לסעיף הסיכול, פיתח המשפט הישראלי כלים משלימים לטיפול במצבים של שינוי נסיבות, כגון עקרון תום הלב, דוקטרינת האכיפה בקירוב, אימוץ של תיאורית חוזי היחס ועוד. כלים אלה מרכיבים את מוחלטות החיוב החוזי ומאפשרים לחלק מחדש את הסיכון בין הצדדים לחוזה במקרה של אירועים בלתי-צפויים, ולא להטיל אותו במלואו על מי שהפר את החוזה שלא באשמתו. ראו על כך את דברי השופט אנגלרד בענין מרקין הנ"ל ואת מסקנותיה של השופטת אגמון-גונן בענין גדעון הנ"ל. **לבסוף**, אפילו הגישה המסורתית, המצמצמת, של דיני הסיכול לא שללה את האפשרות של הצדדים עצמם לסייג בחוזה מלכתחילה את המחויבות שלקחו על עצמם. בהקשר של חוזי מכר דירה אומצה גישה זו לאחרונה במסגרת תיקון מס' 5 לחוק המכר (דירות), שהתקבל ביום 30.3.11 והוסיף את סעיף 5א(ג) לחוק, הקובע כי בידי הצדדים לחוזה המכר להסכים כי הוראות החוק או החוזה המקנות לקונה זכות לפיצויים בשל איחור במסירת הדירה, לא יחולו **"על איחור במסירה שנגרם כתוצאה מנסיבות שאינן בשליטת המוכר ושהסיכון להתרחשותן ולתוצאותיהן אינו מוטל עליו"**. ממילא, גם הגישה הסטטית-קלאסית לסיכול לא תראה באופן גורף בכל סעיף המסייג את האחריות החוזית כתנאי מקפת.

67. עד כה הבהרנו, מדוע לגיטימי לקבוע בהסכם חלוקת סיכונים שאינה מטילה על המפר את מלוא האחריות במקרה של הפרה שאינו אשם בה. עם זאת, אין להתעלם מהיות החוזה דגן חוזה אחיד. ככל שמדובר בחוזה כזה יש להקפיד שחלוקת הסיכונים הנקבעת בהסכם תהיה הוגנת ותיקח בחשבון את האינטרסים של שני הצדדים בקרות אירוע לא צפוי. עמדתנו זו, המכירה אמנם בזכות המוכר להתנות על דין הסיכול ולהגביל את אחריותו בקרות אירועים לא צפויים, אך דורשת חלוקת אחריות הוגנת בין הצדדים במקרים הללו, נתמכת גם בפסיקה ובספרות המחקר. כך למשל, בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה [פורסם בנבו] (מיום 18.2.10; להלן – ענין בנק לאומי) עמד בית המשפט על הצורך לאפשר חריגה מדין הסיכול המסורתי מחד גיסא, אך זאת תוך חלוקה הוגנת של הסיכונים בין הצדדים, מאידך גיסא (פסקה 94 לפסק הדין):

"ככל שהדברים אמורים בחוזה הרגיל (שאיננו חוזה אחיד), חופש ההתנאה על דין הסיכול הסטאטוטורי, שכמעט ואינו מתקיים למעשה, הינה הדרך הראויה והרצויה להסדרה מוסכמת של אירועים חריגים ומסכלים במהלך חיי החוזה, ובמיוחד שעה שמדובר בחוזים המתמשכים והולכים לתקופה ארוכה. צדדים להסכם הבוחרים בהסדרה חוזית שכזו, מונעים בכך את הניגוד המובנה שבין דוקטרינת החוזה הקלאסית לבין דוקטרינת הסיכול, תוך הסדרת סוגיית הסיכול במסגרת חוזית אוטונומית בגדרו של ההסכם שביניהם. אולם, לא הרי 'החוזה האחיד' כהרי 'החוזה הרגיל'. בחוזה האחיד מוכתבים התנאים שקבע הספק על הלקוח, ומתעמעמת ההנחה החוזית בדבר חופש ההתנאה וההתקשרות. לאור זאת, הצורך בבחינת הגינותו וסבירותו של תנאי בחוזה אחיד. עם זאת, ככל שהדברים אמורים בבחינת תניית סיכול, גם בחוזה אחיד, יש להביא בחשבון את הבעייתיות המיוחדת שבדין הסיכול הסטאטוטורי עליה עמדנו לעיל. נקודת המוצא בבחינה זו הינה בקיומו של אינטרס לגיטימי מצד הספק המתקשר בחוזה האחיד להרחיב את ההגנה שכמעט ואינה בנמצא בהסדר הסטאטוטורי".

68. דברים דומים נאמרו גם בספרות המשפטית. ראו למשל ורדה לוסטנהויז וטנה שפניץ, חוזים אחידים (תשנ"ד; להלן – לוסטנהויז ושפניץ) בעמ' 278:

"יש מקום להתחשב בגורמים שאינם בשליטת הספק. אולם אין להרחיק לכת עד כדי שחרור הספק מביצוע חיוביו או עד כדי מתן זכות לספק לשנות את חיוביו רק בשל העובדה שקרו אירועים שאינם בשליטתו... תקופת האיחור צריכה להיות בגדר הסביר, ובהתחשב בנסיבות הגורמות לאיחור. אם ההוראה החוזית לא תכלול דרישה זו, היא עדיין תהיה מקפחת שכן היא תשלול מהלקוח את זכותו שעל פי דין לבטל את החוזה".

כאמור, זכות זו של הלקוח נשמרת לו במקרים של סיכול לפי [סעיף 18 לחוק החוזים](#) תרופות. עוד ראו ברוח זו: [ע"ש 49/96 א.](#) לוי השקעות ובנין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, [פורסם בנבו] מיום 17.10.99, שאף בו הוגבלה האפשרות של המוכר להתנות על מחויבותו החוזית בקרות אירועים לא צפויים.

69. מן הכלל אל הפרט. לאחר שבחנו את הנוסח הקיים של סעיף 4.4 להסכם, ולאחר שלקחנו בחשבון את האופי הייחודי של חוזים אחידים בכלל ושל חוזי מכר דירה בפרט, אנו סבורים כי הנוסח הקיים אינו משקף חלוקת סיכונים הוגנת, ומשום כך יש לשלב בו את התיקונים הבאים: **ראשית**, הנוסח הקיים של הסעיף מתייחס לכל אירוע עתידי שאינו בשליטת המשיבה, בין אם מדובר באירוע שנצפה על ידה ובין אם לאו. על פי הניסוח הקיים, גם במקרה שבו ההסכם נחתם בשלב בו הנסיבות המיוחדות כבר נלקחו בחשבון, כגון בתקופה שבה נשבו רוחות מלחמה, הוטל סגר או דובר על שינוי תכנוני, עדיין תוכל המשיבה לדחות את מועד המסירה המוסכם. לכך אין הצדקה. לפיכך, אנו מוסיפים לסעיף 4.4 הקיים, בסופו, את המילים: **"הוראות סעיף זה לא יחולו לגבי אירועים שהסיכון להתרחשותם ולתוצאותיהם מוטל על החברה, בין במפורש ובין במשתמע, או שהיה עליה לקחת את הסיכון לגביהם באופן סביר"**. יודגש כי הניסוח שבחרנו בו, הדין בסיכונים שלא נלקחו בחשבון, שונה מן הנוסח **"שלא נצפו"** אותו ביקש המבקש להוסיף להסכם. עשינו זאת בכוונת מכוון. לטעמנו השימוש במטבע הלשון **"שלא נצפו"** עלול להתפרש כחוזר לדיני הסיכול המסורתיים המקשים מאד על שינוי המחויבות החוזית גם בהתרחש מאורעות מהסוג המתואר בסעיף. לעומת זאת, ההגבלה כפי שנוסחה על ידנו מוסיפה אמת מידה גמישה יותר, המאפשרת סטייה ממועד המסירה החוזי במקרה של התפתחות חריגה, אך שוללת אותה באותם המקרים בהם השלכותיה של ההתפתחות החריגה לכאורה, נלקחו למעשה בחשבון (או שהיו אמורות להילקח בחשבון) כבר בעת כריתת החוזה. בהערת אגב נוסיף כי גם בית המשפט העליון בענין [בנק לאומי הנ"ל](#) סרב לבקשת היועץ המשפטי לממשלה להוסיף את דרישת הציפייה לסעיף שנדון שם, ושעסק במאורעות המתרחשים שלא באשמת הצדדים ובפטור שמוענק בעטיים לבנק בשל אי-קיום התחייבותו החוזית. עוד נציין כי הנוסח המתוקן אותו קבענו לסעיף 4.4 להסכם הושפע מנוסחו של [סעיף-קטן \(ג\)](#) להוראת [סעיף 5א לחוק המכר](#) (דירות), הקובעת כאמור כי הפיצויים ללא הוכחת נזק שהוטלו [בסעיף 5א לחוק](#) לא יחולו על איחור במסירה שנגרם כתוצאה מנסיבות שאינן בשליטת המוכר ושהסיכון להתרחשותן ולתוצאותיהן אינו מוטל עליו. עם זאת, חשוב להדגיש כי השינוי שקבענו בסעיף 4.4 להסכם מצמצם את אפשרות דחיית מועד המסירה מעבר לקבוע [בחוק המכר](#) (דירות). הסיבה לכך הנה [סעיף 5א\(ג\) לחוק המכר](#) (דירות) דן באפשרות ההתניה על הפיצויים ללא הוכחת נזק מכוח [סעיף 5א לחוק המכר](#) (דירות) בלבד. לעומת זאת, סעיף 4.4 להסכם עוסק במקרים בהם דחיית מועד המסירה הקבוע בחוזה תשפיע על כלל התרופות הניתנות ברגיל בשל איחור במסירה, ובכללן פיצויים על פי [סעיפים 10 ו-11 לחוק החוזים](#) תרופות, ביטול החוזה, דחיית קיום ועוד. לאור הבדל זה העדפנו את הנוסח המחמיר יותר.

70. **שנית**, אנו מקבלים את עמדת המבקש, כי דחיית מועד הקיום החוזי בשל האירועים הלא צפויים תלווה בהודעה מצד המשיבה, שתימסר בסמוך למועד בו הסתבר לה כי יהיה עליה לדחות את מועד המסירה בשל התרחשות הנופלת במסגרתו של סעיף 4.4 להסכם. אנו קובעים כי על המשיבה לכלול בהודעתה זו הן את פירוט הסיבות לדחיית מועד המסירה והן צפי לגבי המועד החדש לקיום החיוב שנדחה. אכן, בנוסח המתוקן של הסעיף מתחייבת המשיבה להודיע לקונה חודשיים לפני מועד המסירה המקורי על הדחייה. אולם לטעמנו, ככל שלמשיבה נודע בשלב מוקדם יותר כי לא תוכל לקיים את החיוב במועדו, אין סיבה לעכב את ההודעה על כך לקונה. שתי

סיבות מרכזיות לדבר: **האחת**, הודעה מוקדמת כזו חיונית לשם שמירה על האינטרסים של הקונה המסתמך על מועד המסירה המקורי, שהרי עליו להתארגן בהתאם לכך. **השנייה**, הדרישה להודעה על העיכוב וסיבותיו סמוך לאחר המועד בו מסתבר למשיבה על העיכוב הצפוי, תמנע מצב בו עלולה המשיבה, לאחר שאחריה מסיבות שונות ומשונות, לתרץ בדיעבד את איחורה בכך שמדובר היה בנסיבות בלתי-צפויות. לפיכך אנו מוחקים מהסעיף את המשפט: **"חודשיים לפני מועד המסירה הצפוי תודיע החברה לקונה אם יידחה מועד המסירה הצפוי כאמור בסעיף זה"**, ומוסיפים במקומו: **"בסמוך לאחר שנודע לחברה על הצורך לדחות את מועד המסירה הצפוי בשל אחת מהסיבות המנויות בסעיף זה, ולא יאוחר מחודשיים לפני מועד המסירה הצפוי (לפי המוקדם מביניהם), תודיע החברה לקונה על דחיית מועד המסירה הצפוי ותפרט בהודעתה את הסיבות לדחייה וכן את מועד המסירה החדש"**.

71. **לבסוף**, בניסוח הנוכחי של סעיף 4.4, במקרה שבו מתרחשים האירועים הלא צפויים, נמנע מהקונה כל סעד משפטי (למעט הסעד של דחיית מועד התשלום האחרון) וזאת גם אם יידחה מועד המסירה לזמן רב. במהלך כל אותה תקופה ממושכת מוצא הקונה את עצמו כשהוא מנוע, מצד אחד, מלבטל את החוזה, ומצד שני מנוע הוא מלתבוע פיצויים בגין האיחור במסירה, לרבות הפיצוי המוסכם הקבוע בסעיף 13.4 להסכם למקרה של איחור במסירה (ראו להלן פסקאות 134-147). למעשה, הניסוח הנוכחי אינו מגביל כלל את משך הזמן שבו יעמוד החוזה בתוקפו חרף הדחייה בביצוע חיוב המסירה. אנו סבורים כי במקרה שבו בשל האירועים המסכלים נדחה מועד החיוב החוזי לזמן רב מאד, אין זה ראוי להטיל את הסיכון במלואו אך ורק על הקונה, ומשום כך הניסוח הנוכחי הוא מקפח. בהתחשב במהותו של החוזה בו עסקינן – חוזה למכירת דירה – אנו סבורים כי יש להגביל את התקופה בה מנוע הקונה מביטול החוזה למשך ארבעה חודשים (וזאת מעבר לתקופת ה"חסד" של שלושה חודשים המנויה בסעיף 4.3 להסכם). לפיכך, תתווסף לסעיף 4.4 ההוראה הבאה: **"במקרה שדחיית מועד המסירה הצפוי תעלה על פי סעיף זה על ארבעה חודשים (להסרת ספק מובהר כי מנין ארבעת החודשים יחל לאחר התקופה המנויה בסעיף 4.3 לעיל), יהיה הקונה זכאי לבטל את ההסכם ולקבל השבה של כל הסכומים ששילם על חשבון התמורה, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין. על ביטול כאמור יחולו הוראות הדין לגבי ביטולו של חוזה במקרה של סיכול"**. הוראה זו קובעת הסדר מאוזן יותר: מצד אחד, היא משמרת את החסינות המוקנית למשיבה מתביעות פיצויים, אך מהצד האחר מאפשרת לקונה לצמצם בכל זאת את נזקיו המתמשכים באמצעות השתחררות מהחוזה. ברוח דומה ראו בהצעת חוק דיני ממונות (לעיל פסקה 66), העורכת הבחנה בין פקיעתו של חוזה כתוצאה מהתרחשותן של נסיבות מסכלות ארוכות-טווח (המוסדרת בסעיף 131 להצעה), לבין ההסדר המוצע בסעיף 133 להצעה, בדבר השעיה זמנית של החוזה כאשר מדובר בהתרחשות של נסיבות מסכלות לתקופה מוגבלת.

72. להלן הנוסח המעודכן של סעיף 4.4 להסכם, הכולל בתוכו את כל השינויים עליהם הורינו לעיל:

"אם כתוצאה מגורמים שאינם תלויים בחברה ושאינן לחברה שליטה עליהם או אם כתוצאה מכח עליון, לרבות מלחמה, גיוס כללי, פעולות איבה, מהומות, שביתות ו/או השבתות כלליות בענף הבניה או במשק, מחסור כלל ארצי בחומרי בניה, מחסור כלל ארצי בכח אדם (לרבות עקב סגר כללי או הגבלת כניסת פועלים), תופעות טבע חריגות, גילוי עתיקות או אתר קבורה, איחור בביצוע עבודות הפיתוח המבוצעות ע"י הרשות המקומית שאינו באשמת החברה, צוויים ממשלתיים או עירוניים, ובלבד שלא הוצאו באשמת החברה, יחול עיכוב בהשלמת הנכס, יידחה מועד המסירה הצפוי בתקופת זמן המתחייבת באופן סביר מההפרעה או העיכוב הנ"ל, ובמקרה זה יידחה אף התשלום האחרון אשר על הקונה לשלם על חשבון התמורה, בהתאם לקבוע בסעיף 14 בנספח א'. החברה תנקוט באמצעים סבירים על מנת למנוע או להקטין במידת האפשר את העיכוב בהשלמת הנכס. בסמוך לאחר שנודע לחברה על הצורך לדחות את מועד המסירה הצפוי בשל אחת מהסיבות המנויות בסעיף זה, ולא יאוחר מחודשיים לפני מועד המסירה הצפוי (לפי המוקדם מביניהם), תודיע החברה לקונה על דחיית מועד המסירה

הצפוי ותפרט בהודעתה את הסיבות לדחייה וכן את מועד המסירה החדש. במקרה שדחיית מועד המסירה הצפוי תעלה על פי סעיף זה על ארבעה חודשים (להסרת ספק מובהר כי מנין ארבעת החודשים יחל לאחר התקופה המנויה בסעיף 4.3 לעיל), יהיה הקונה זכאי לבטל את ההסכם ולקבל השבה של כל הסכומים ששילם על חשבון התמורה, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין. על ביטול כאמור יחולו הוראות הדין לגבי ביטולו של חוזה במקרה של סיכול. הוראות סעיף זה לא יחולו לגבי אירועים שהסיכון להתרחשותם ולתוצאותיהם מוטל על החברה, בין במפורש ובין במשתמע, או שהיה עליה לקחת את הסיכון לגביהם באופן סביר".

סעיף 4.7 להסכם – עריכת רשימה של פגמים ואי-התאמות במועד המסירה

73. הסעיף קובע, בין היתר, כי במועד המסירה תיערך תרשומת שתפרט את מצב הדירה וכל אי-התאמה, ליקוי או פגם הקיימים בה בעת המסירה. התרשומת האמורה תיחתם על ידי הקונה ועל ידי המשיבה, ותהווה ראיה לכאורה לכך שלמעט אי-התאמות המפורטות בה לא היו במועד המסירה אי-התאמות נוספות שניתן היה לגלותן בבדיקה סבירה.

74. המבקש טוען כי סעיף זה מקיים את חזקת הקיפוח הקבועה [בסעיף 7\(4\) לחוק החוזים](#) האחידים, משום שהוא מעביר אל הקונה את הנטל להוכיח קיומם של ליקויים שלא צוינו בתרשומת, אם ירצה לתבוע את המשיבה בגין ליקויים אלה. עוד טוען המבקש כי הסעיף מקיים גם את חזקת הקיפוח הקבועה [בסעיף 8\(4\) לחוק](#), ואף מתנה על הוראת [סעיף 4א לחוק המכר](#) (דירות).

75. המשיבה, מנגד, טוענת כי מנגנון עריכת התרשומת הקבוע בסעיף הוא מנגנון מקובל בחוזים מסוג זה והוא אף מנגנון הכרחי. לטענת המשיבה, מועד המסירה הוא המועד הראוי והיעיל לעריכת רשימת הליקויים. לפני מועד זה אין בידי הקונה לבדוק את הדירה כדבעי, ולאחר מועד זה אין למשיבה כל שליטה על השימוש שעושה הקונה בנכס. לכן, טוענת המשיבה, נקודת הזמן של מועד המסירה היא היחידה שבה עומדים הצדדים "במעמד שווה" מבחינת שליטתם בנכס. מוסיפה המשיבה וטוענת, כי פסילת התרשומת כראיה לכאורה תוביל מבחינתה למציאות בלתי-אפשרית, שבה כל אימת שקונה של דירה יעלה טענת אי-התאמה, תידרש המשיבה להוכיח כי אי-התאמה אירעה לאחר הכניסה לנכס ובעטיו של הקונה. הדבר מטיל על המשיבה נטל ראייתי כבד, שהרי יהיה עליה להעיד אנשי מקצוע ונציגים מטעמה לגבי מצב הדירה בעת מסירתה (על אף – כך לטענת המשיבה – ש"מדובר בנציגים המטפלים בעשרות דירות במקביל, אשר יקשה עליהם לתת עדות פרטנית וסדורה"), וזאת במקום להסתמך על תרשומת "שנעשתה בזמן אמת". המשיבה אף טוענת כי למעשה מדובר בסעיף הדדי, שכן שני הצדדים – המשיבה והקונה כאחד – יכולים לעשות שימוש בתרשומת האמורה. עוד טוענת המשיבה, כי התרשומת מהווה ראיה לכאורה בלבד, ואינה חוסמת את דרכו של הקונה לתבוע בגין ליקוי שאינו נכלל בתרשומת. מכל מקום, דיני הראיות ניתנים להתניה חוזית. לאור זאת, טוענת המשיבה כי הסעיף אינו מקפח וכי יש להותירו על כנו.

76. אנו סבורים כי ישנו קיפוח בקביעה החוזית לפיה התרשומת תהווה ראיה לכאורה לכך שלמעט אי-התאמות המפורטות בה לא היו במועד המסירה אי-התאמות נוספות שניתן היה לגלותן בבדיקה סבירה. קביעה זו מתיימרת להתנות על הוראות [חוק המכר](#) (דירות), וזאת בניגוד [לסעיף 7א לחוק](#) הקובע כי "אין להתנות על הוראות חוק זה, אלא לטובת הקונה או קונה המשנה". [סעיף 4א\(1\) לחוק](#) קובע כי הקונה זכאי להסתמך על אי-התאמה שניתן היה לגלותה בעת העמדת הדירה לרשותו, אם הודיע עליה למוכר תוך שנה מאותו מועד. משמע, שגם אם הקונה לא גילה את אי-התאמה במועד המסירה (על אף שניתן היה, מבחינה אובייקטיבית, לגלותה) אין הוא מנוע מלתבוע בגינה אם מסר הודעה למוכר בתוך שנה ממועד המסירה. יתר על כן, [סעיף 4א\(2\) לחוק](#) אף קובע חזקה ראייתית, לפיה כל אי-התאמה המתגלה בדירה במהלך תקופת הבדק (שהנה התקופה הקבועה בתוספת, הנעה בין שנה לשבע שנים, ותחילתה במועד העמדת הדירה לרשות הקונה) נחשבת לאי-התאמה שנגרמה

בעטיו של המוכר. משילוב שתי ההוראות עולה כי אם בתוך שנה ממועד המסירה מודיע הקונה על אי-התאמה, ההנחה היא שאי-ההתאמה מצויה באחריות המוכר (וזאת גם כאשר מדובר באי-התאמה שניתן היה לגלותה בבדיקה סבירה). אם רוצה המוכר להשתחרר מאחריות זו, הנטל עליו להוכיח כי אי-ההתאמה נגרמה בשל מעשה או מחדל של הקונה (ראו [סעיף 4\(א\)\(2\)](#) לחוק: "....זולת אם הוכיח המוכר שאי-ההתאמה נגרמה בשל מעשה או מחדל של הקונה או קונה המשנה"). ההוראה החוזית בה עסקינן, לעומת זאת, מנסה ליצור הנחה ראייתית הפוכה, לפיה כל אי-התאמה שלא פורטה בתרשומת שנערכה במועד המסירה, לא הייתה קיימת באותו מועד, ומכאן שגדלה ההסתברות לכך שהיא נוצרה לאחר המסירה וככל הנראה בעטיו של הקונה ולא בעטיה של המשיבה-המוכרת (אלא אם הקונה יוכיח את היפוכו של דבר). כך אף מסבירה המשיבה עצמה את הרציונל שעומד ביסוד הסעיף שבהסכם: לדבריה, אין לה שליטה על השימושים שעושה הקונה בנכס לאחר מועד המסירה, ולפיכך נערכת התרשומת, אשר מטרתה להטיל על הקונה את הנטל להוכיח אי-ההתאמה (פסקאות 270-271 לסיכומי המשיבה). פסילת הסעיף, כך מוסיפה וטוענת המשיבה, תוביל "למציאות בלתי אפשרית, בלתי הוגנת ובלתי סבירה בעליל" לפיה "יתדרש המשיבה, כל אימת שיעלה הרוכש טענה בדבר אי-התאמה, להוכיח כי אי ההתאמה אירעה לאחר הכניסה לנכס ובשל התנהלותו של הרוכש" (שם, פסקה 273). דא עקא, שהמציאות הנחזית בעיני המשיבה ל"בלתי אפשרית, בלתי הוגנת ובלתי סבירה בעליל", היא בדיוק המציאות הנורמטיבית שקבע המחוקק במסגרתו של [חוק המכר](#) (דירות), מתוך מטרה להגן על האינטרסים של רוכשי הדירות. פשיטא שהוראה חוזית המתנה על [חוק המכר](#) (דירות) לרעת הקונה היא חסרת תוקף אף מבלי להיזקק למבחני הקיפוח שב[חוק החוזים](#) האחידים, וזאת במישורין מכוח הוראותיו הכופות של חוק המכר (דירות) עצמו.

77. זה המקום להעיר בקצרה על היחס הראוי שבין ביטול תניה בחוזה אחיד בשל היותה מקפחת לבין ההכרזה על בטלותה בשל היותה סותרת הוראת חוק כופה (קוגנטית). פשיטא שתניה בחוזה (לרבות חוזה אחיד) הסותרת הוראה קוגנטית תיחשב לבטלה. האם במקרה כזה יש כלל מקום לבחון את ביטולה של תניה כזו גם במישור של [חוק החוזים](#) האחידים, דהיינו בשל היותה מקפחת? עיון בפסיקה – לרבות פסיקתו של בית הדין – מעלה כי שני הנימוקים לפסילתה של תניה מעין זו (בטלותה בשל היותה סותרת הוראת חוק כופה וביטולה לאור הקביעה כי היא מקפחת) באים לעיתים כשהם שלובים זה בזה. עם זאת, אנו סבורים כי מבחינה נורמטיבית העילה הנכונה לפסילתה של תניה כזו היא בשל היותה סותרת הוראה חוק כופה ולא בשל היותה מקפחת. הטעם לכך הוא שכאשר תניה בחוזה סותרת הוראת חוק כופה, בית המשפט או בית הדין מחויב להכריז על בטלותה. זאת, בניגוד לבחינת קיומו של קיפוח במישור של [חוק החוזים](#) האחידים, שם נתון לערכאה השיפוטית שיקול דעת לבחון את סוגית הקיפוח (שהרי אף אם מתקיימת אחת מחזקות הקיפוח שבחוק, מוסמך בית המשפט – או בית הדין – לקבוע כי בשים לב למכלול תנאי החוזה ולשאר הנסיבות התניה איננה מקפחת במקרה נתון). למעשה, בהכרזו על בטלותה של תניה כזו מיישם בית המשפט את ההסדרה החקיקתית הכופה אך אינו מפעיל פיקוח הכרוך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי. אכן, קיים בעניין זה הבדל מהותי בין תניה בחוזה אחיד הסותרת הוראת חוק מרשה (דיספוזיטיבית) לבין תניה הסותרת הוראת חוק כופה. כאשר תניה בחוזה אחיד סותרת הוראה חוק מרשה, תתקיים בדרך כלל אחת מחזקות הקיפוח, אלא שבמקרה כזה מדובר בחזקה הניתנת לסתירה (כאמור, בשים לב למכלול תנאי החוזה ולשאר הנסיבות). לעומת זאת, כאשר תניה בחוזה סותרת הוראת חוק כופה, אחת דינה: בטלות.

גישה כזו עלולה לעורר קושי עיוני מסוים לגבי סמכותו של בית הדין לחוזים אחידים. לכאורה, נתונה לבית הדין אך ורק הסמכות לבטל או לשנות תנאי שבית הדין מצאו [כמקפח](#) (ראו [סעיפים 3 ו-17 לחוק החוזים](#) האחידים). מכאן משתמע לכאורה כי לבית הדין לא נתונה הסמכות לבטל תנאים בחוזה אחיד שלא במסגרת עילת הקיפוח.

אף על פי כן, אנו סבורים כי גם בהעדר הוראה מפורשת בעניין זה, נתונה בידי בית הדין – כמו בידי כל ערכאה שיפוטית – הסמכות הטבעה להכריז על בטלותה של תניה חוזית הנוגדת הוראת חוק כופה.

78. למעשה, די באמור עד כאן על מנת לאיין את תוקפה של ההוראה החוזית האמורה. למעלה מהדרוש נציין כי ההסדר בסעיף 4.7 להסכם אף מקיים כמה מחזקות הקיפוח [שבסעיף 4 לחוק החוזים](#) האחידים. הסעיף מקיים את חזקת הקיפוח [שבסעיף 14\(1\)](#) לחוק, משום שהתנאי שבחווה מתיימר לפטור את המשיבה מאחריות שהייתה מוטלת עליה על פי דין (דהיינו, על פי [חוק המכר](#) (דירות)) אילולא אותו תנאי. הסעיף מקיים אף את חזקת הקיפוח [שבסעיף 4\(6\)](#) לחוק, משום שהתנאי שבחווה מתיימר לשלול או להגביל זכות העומדת ללקוח על פי דין. בנוסף, הסעיף מקיים את חזקת הקיפוח [שבסעיף 4\(7\)](#) לחוק, משום שהתנאי שבחווה מטיל על הקונה את נטל ההוכחה לכך שאי-ההתאמה נגרמה על ידי מעשיה או מחדליה של המשיבה, בעוד שעל פי הדין הנטל הוא על המשיבה להוכיח כי אי-ההתאמה נגרמה בשל מעשה או מחדל של הקונה. המשיבה, בסיכומיה, לא סתרה אף לא אחת מבין חזקות הקיפוח הללו. מכל מקום, וכאמור לעיל, אף אילו הייתה המשיבה מצליחה לסתור את חזקות הקיפוח הללו לא היה בכך כדי לסייע בידה, זאת לאור בטלותה של התניה בשל היותה סותרת את הוראות [חוק המכר](#) (דירות).

לאור זאת, בסעיף 4.7 להסכם יימחק הקטע שתחילתו במילים: "והתרשומת תהווה ראיה לכאורה..." ועד לסוף הסעיף. התוצאה היא שההסדר החוזי, המחייב עריכת תרשומת במועד מסירת הדירה, נותר למעשה על כנו. בכך יבוא על סיפוקו האינטרס של המשיבה ליצור מנגנון יעיל שיש בו לשמר באופן אמין את מצב הדברים, כפי שראוהו הצדדים במועד המסירה, מבלי שיהיה עליה לחשוש מבעיות של שכחה ואבדן זיכרון (פסקאות 270 ו-273 לסיכומי המשיבה). התרשומת עשויה לשרת כמובן גם את האינטרס של הקונה, אשר יוכל להסתמך עליה כשירצה לטעון לגבי קיומם של ליקויים שנמצאו בדירה במועד המסירה (סעיף 274 לסיכומי המשיבה). תרשומת כזו עשויה כמובן גם לשמש כראיה בידי כל אחד מהצדדים, אולם היא לא תשמש כראיה לכאורה לכך שלא היו בדירה במועד המסירה ליקויים נוספים שניתן היה לגלותם בבדיקה סבירה.

סעיף 6.4.3 להסכם – זכויות מעבר וזיקות הנאה לטובת צדדים שלישיים

79. הסעיף קובע כי המשיבה תהיה רשאית לכלול בתקנון הבית המשותף הוראות שיבטיחו את זכויותיהם של הגופים המפורטים בסעיף 3.7 להסכם, לרבות זכויות מעבר וזיקות הנאה במקרקעין לטובת אותם גופים, וכן הוראות לפיהן גופים אלה לא ישאו בהוצאות אחזקת הבית המשותף. סעיף 3.7 להסכם, שנדון לעיל (בפסקאות 53-57), עוסק בהקמת חדר שנאים או מתקנים אחרים עבור חברת החשמל, בהקמת צוברי גז עבור ספק הגז, ובהקמת יחידות "לצרכי תקשורת ו/או תקשורת מחשבים ו/או טל"כ" (הכוונה בראשי תיבות אלה היא לטלוויזיה בכבלים, וראוי שענין זה יובהר בהסכם גם עבור מי שאינם יודעי ח"ן).

80. בענין זה הגיעו הצדדים לידי הסכמה, לפיה סעיף 6.4.3 יישאר על כנו בנוסחו הקיים. עוד הוסכם כי סעיף 3.7 להסכם יסויג מעט, באופן שייאמר בו כי הזכויות שיוקנו במסגרת תקנון הבית המשותף לחברת החשמל, לחברת בזק ולספקי הגז והתקשורת, יהיו אך ורק כאלה שיידרשו באופן סביר לצורך מתן השירותים על ידם. מאחר שהסכמות אלה הושגו במהלך הדיון בבית הדין מיום 10.10.13, ועל רקע היותו של הסעיף הנדון נפוץ למדי בחוזים למכר דירות בפרויקטים המצויים בשלבי הקמה, מצאנו לנכון לעמוד בקצרה על הטעמים התומכים בהסדר המוסכם.

81. המבקש סבר בתחילה כי נוסחו של סעיף 6.4.3 להסכם רחב מדי, בכך שהמשיבה שומרת לעצמה זכות גורפת לכלול בתקנון הבית המשותף הוראות שיבואו להבטיח זכויות של צדדים שלישיים שונים (פסקה 108 לסיכומי המבקש). אלא שעיון בסעיף 6.4.3 מראה כי הוא נועד להבטיח אך ורק את זכויותיהם של צדדים שלישיים מוגדרים המנויים בסעיף 3.7 להסכם: חברת החשמל, בזק וספקי הגז והתקשורת. אילו היה הסעיף מנוסח בדרך של "רשימה פתוחה" ייתכן שהיה ממש בטענת הקיפוח, אולם לא כך המצב בענינו. המבקש העלה חשש נוסף, לפיו עיגון זכויותיו של ספק הגז בתקנון הבית המשותף עלול להתנות על זכויותיהם של רוכשי הדירות להחליף ספק גז, וזאת בניגוד להוראות [חוק המקרקעין](#) (החלפת ספק גז בבית משותף), תשנ"א-1991; להוראות [סעיף 17 לחוק ההסדרים במשק המדינה \(תיקוני חקיקה\)](#), תשמ"ט-1989; ולהוראות [סעיף 159 לחוק המקרקעין](#), תשכ"ט-1969. עיון בסעיפים 6.4.3 ו-3.7 להסכם מלמד כי אין בהם כדי למנוע את החלפת ספק הגז. מתוך הסעיפים לא עולה כי הזכויות השונות שיעוגנו בתקנון – כגון זכויות מעבר וזיקות הנאה – ייקבעו לטובת ספק גז ספציפי. ניתן לקבוע זכויות אלה בתקנון באופן כללי, מבלי לנקוב בזהותו של הספק. יתר על כן, גם אם הזכויות ייקבעו לטובת ספק ספציפי, ניתן כמובן לסייגן ולהתנותן באופן שלא יפגע בזכות המוקנית לבעלי הדירות להחליף את ספק הגז. בהקשר זה יש לציין כי סעיף 3.7 להסכם קובע במפורש כי הזכויות שיוקנו לספקים המפורטים בו (לרבות ספק הגז) יהיו "בכפוף לדין", ונראה כי די בכך על מנת להבטיח שלא ייפגעו זכויות הרוכשים להחלפת הספק, כפי שנקבעו בחוק.

82. המבקש גם הלין נגד הפטור המוקנה בסעיף 6.4.3 לספקים השונים מלשאת בהוצאות האחזקה של הבית המשותף. איננו רואים בכך תנאי מקפח. הגופים הללו אינם בעלי דירות בבית המשותף, אלא אך ספקי שירותים. אכן, לעיתים ממוקם בבית המשותף מתקן שנועד לאפשר את מתן השירות, כגון חדר שנאים או צובר גז, ולעיתים אף ייתכן שזכויות הקנין במתקן יהיו בבעלותו של הספק (כגון חדר השנאים, אשר לעיתים נרשם כתת-חלקה בבית המשותף והזכויות בו נרשמות על שם חברת החשמל). למרות זאת, אין כל היגיון בכך שספק השירות יהיה חייב לשאת בהוצאות האחזקה השוטפות של הבית המשותף כאילו היה אחד הדיירים בו. מאליו מובן כי הוראה זו איננה משחררת את הספק מהחובה לתחזק את מתקנו הוא (למשל, תיקון של דליפת גז) וגם איננה משחררת את הספק מאחריות לנזקים העלולים להיגרם כתוצאה מתקלה במתקן. לפיכך אין מקום לחששות שהעלה המבקש בענין זה (בסעיף 115 לסיכומיו). כל שקובע הסעיף הוא, שהספק בעל המתקן לא ישתתף בהוצאות האחזקה הכלליות של הבית המשותף, והוראה זו נראית בעינינו סבירה והגיונית.

83. לעיתים קרובות חוזה למכירת דירה נכרת בשלב שבו הפרויקט כולו מצוי עדיין בחיתוליו. בשלב זה קשה עדיין להגדיר באופן שלם ומדויק אלו זכויות מעבר או שימוש יהיה צורך להקנות לספקי השירותים השונים בבית המשותף על מנת לאפשר את מתן השירות באופן יעיל לכלל בעלי הדירות. עם זאת, יש הכרח לעגן ענין זה בחוזה. בנסיבות אלה לא ניתן להימנע מניסוחים שעשויים להיות לעיתים בעלי אופי מעט כוללני. על מנת להפחית את החשש מפני קיפוח, הגיעו הצדדים לידי הסכמה לפיה ייכתב בהסכם כי הזכויות שיוקנו לספקים השונים במסגרת תקנון הבית המשותף יהיו אך ורק כאלה הנדרשות באופן סביר לצורך מתן השירות על ידם. פתרון זה מקובל עלינו.

סעיפים 8.4 ו-9.4 להסכם – מנגנון ההצמדה למדד

84. השאלה המתעוררת בשני סעיפים אלה זהה לזו שבה עסקנו לעיל (בפסקאות 20-28) לגבי סעיף 7.9 לזכרון הדברים.

85. כפי שקבענו שם, אנו סבורים כי מנגנון ההצמדה החד-כווני, על אף תחושת חוסר הנוחות שהוא עלול לעורר, אינו מקיים אף לא אחת מבין חזקות הקיפוח שבחוק. יתר על כן, שוכנענו כי מנגנון מעין זה אף נחוץ, בנסיבות הענין, על מנת להגן על אינטרס כלכלי חיוני של המשיבה, ועל כן אין מקום לבטלו או לשנותו.

סעיף 9.1 להסכם – מיסים ותשלומי חובה אחרים

86. הסעיף קובע כי מיסים ותשלומי חובה אחרים למיניהם, המוטלים על המקרקעין או הבנין או הדירה בגין התקופה שעד למועד המסירה, יחולו על המשיבה, ואילו בגין התקופה שלאחר מועד המסירה יחולו על הקונה (כאשר תחולת המיסים ותשלומי החובה על הקונה בגין המקרקעין או הבנין בשלמותם, להבדיל ממיסים בגין הדירה הספציפית, תהיה לפי חלקו היחסי).

87. המבקש טען כי נוסח הסעיף כללי ורחב מדי, וכי יש לקבוע שהמיסים ותשלומי החובה השונים שיחולו על הקונה בגין התקופה שלאחר מועד המסירה לא יכללו מיסים ותשלומים אשר מעצם טבעם חלים על המשיבה. המשיבה מצידה טענה כי המונח "מעצם טבעם" הוא עצמו מונח עמום ולא ברור.

88. בדיון שהתקיים ביום 13.10.10 הגיעו הצדדים לידי הסכמה, לפיה תירשם בסופו של הסעיף הפסקה הבאה: "מבלי לגרוע מהאמור לעיל, מובהר כי על החברה יחול בכל מקרה מס שבח ו/או מס הכנסה בגין מכירת הנכס לקונה וכן היטל השבחה בגין בניית הנכס". אלא שאיננו סבורים כי די בהסכמה זו כדי להסיר את החשש מפני קיפוח. בנקודה זו נבקש לחזור ולהבהיר את שקבע כבר בית הדין בעבר: מטעמים מובנים, בית הדין מעודד את הצדדים להגיע להסכמות. בדרך כלל נטיית בית הדין היא לאמץ הסכמות אלה. עם זאת, בניגוד להליך משפטי אזרחי רגיל, אופיו הציבורי של ההליך מצדיק מעורבות רבה יותר מצד בית הדין. במקרים בהם סבור בית הדין כי אין בהסכמת הצדדים כדי להסיר את החשש מפני קיפוח, שומה עליו להימנע מכיבוד ההסכמה ולהכריע במחלוקת המקורית (ראו ענין הבנק הבינלאומי, בפסקאות 23-31).

89. כפי שעולה מקריאת ההסכם, וכפי שמבהירה המשיבה עצמה בסיכומיה (בפסקאות 311 ו-312), סעיף 9.1 להסכם דן במיסים, היטלים ותשלומי חובה שונים שעובדת קיומם ידועה במועד כריתת החוזה (להלן – **מיסים ידועים**). הסעיף קובע חלוקה, לפיה מיסים ידועים בגין התקופה שעד למועד המסירה יחולו על המשיבה, ואילו מיסים ידועים בגין התקופה שממועד זה ואילך יחולו על הקונה. לעומתו, סעיף 9.2 דן במיסים חדשים, דהיינו כאלה שלא היו קיימים במועד כריתת החוזה, וקובע לגביהם הסדר חלוקה אחר, לפיו מיסים חדשים יחולו על הקונה או על המוכרת בהתאם לקביעת החיקוק שמכוחו מוטל המס החדש, ובהעדר קביעה כזו – על שני הצדדים בחלקים שווים. בעוד שהוראת סעיף 9.2 היא סבירה ומאוזנת ואין בה חשש לקיפוח, לא כך לגבי הוראת סעיף 9.1. צודק המבקש בטענתו כי ההגדרה בסעיף זה של המונח "מיסים" היא רחבה ועמומה ויש בה ליצור חוסר ודאות מבחינת הקונה לגבי היקף המיסים שיושטו עליו בסופו של יום. מנגד, צודקת המשיבה בטענתה כי הוספת הבהרה, על פי דרישת המבקש, לפיה המיסים שיחולו על הקונה אינם כוללים מיסים אשר "מעצם טבעם" מוטלים על המשיבה, לא תוסיף להבהרת הסעיף וייתכן שההפך מכך הוא הנכון. אכן, הביטוי "מעצם טבעם" הוא עצמו עמום ולא ברור. אלא שלא התחוויר לנו כלל הצורך בהגדרה רחבה ומעורפלת, גם לא הצורך בתוספת שמציע המבקש. אנו סבורים כי הגדרה רחבה וכוללנית כלל איננה נחוצה לאור העובדה שסעיף 9.1 עוסק, כאמור, במיסים שעובדת קיומם ידועה במועד כריתת החוזה (וזאת בניגוד לסעיף 9.2 שענינו במיסים חדשים). ממילא, אין כל סיבה נראית לעין מדוע לא תפרט המשיבה בהסכם, בדרך של רשימה מדויקת וסגורה, מהם המיסים שיחולו על הקונה בגדרו של סעיף 9.1 הנ"ל. ניתן להבין, כמובן, כי המשיבה מעדיפה נוסח כוללני ורחב על פני פירוט "רשימה סגורה" של מיסים שיוטלו על הקונה, שהרי אם יישמט מס כלשהו מרשימת המיסים הסגורה,

תיאלץ המשיבה לשאת בו. אלא שזהו בדיוק החשש לקיפוח עליו אנו מצביעים. נוסח הסעיף הקיים, הנוקט לשון רחבה וכוללנית (והתיקון עליו הסכימו הצדדים אינו משנה עובדה זו), נועד למעשה להעביר מכתפי המשיבה אל כתפי הקונה את הסיכון לגבי מיסים שהיו קיימים וידועים במועד הכריתה אך נשמטו מהרשימה. אלא שהמשיבה, ולא הקונה, היא "מונע הנזק" היעיל יותר במקרה זה. המשיבה היא בעלת הידע והמומחיות בתחום המקרקעין בכלל, ובתחום של מכירת דירות בפרט. המידע לגבי סוגי המיסים הקיימים במועד חתימת ההסכם הוא מידע שאמור להיות מצוי בידיעתה, ולפיכך שומה עליה לפרט באלו מיסים בדיוק יהיה על הקונה לשאת, באופן שהסיכון לגבי השמטה או שכחה יחול עליה ולא על הקונה.

90. אשר על כן, אנו קובעים כי על המשיבה לשנות את נוסחו של סעיף 9.1 באופן שיפרט במדויק ובדרך של "רשימה סגורה", מהם המיסים הקיימים במועד כריתת החוזה, אשר צפויים או עשויים להיות מוטלים על הקונה.

סעיף 9.5 להסכם – הסרת אחריות לענין שומת המס

91. סעיף זה קובע, בין היתר, כי הקונה הוא שידווח לרשויות המס על העסקה נשוא החוזה בהתאם להוראות הדין, וכי באפשרותו להכין שומה בעצמו או באמצעות עורך דין מטעמו. אולם, הסעיף מוסיף וקובע כי למרות האמור, המשיבה תהיה רשאית לערוך את השומה עבור הקונה, לבקשתו, ובמקרה כזה לא תחול על המשיבה כל אחריות בגין הדיווח והשומה.

92. צודק המבקש בטענתו כי סעיף זה הוא מקפח. נוסח הסעיף מתיימר להקנות למשיבה פטור מוחלט מאחריות למעשיה או למחדליה בעריכת השומה, לרבות מעשים או מחדלים רשלניים (ולכאורה אף כאלה שנעשו בזדון). בכך מנסה המשיבה לפטור עצמה מאחריות שהייתה עשויה להיות מוטלת עליה על פי דין (בין אם מכוח דיני הנזיקין ובין אם מכוח דיני החוזים). סעיף זה מקיים, לפיכך, את חזקת הקיפוח [שבסעיף 4\(1\) לחוק החוזים](#) האחידים. יתר על כן, הוראת הסעיף אף מתיימרת לשלול מהקונה כל תרופה שעשויה לעמוד לזכותו מכוח הדין נגד המשיבה ובכך מתקיימת אף חזקת הקיפוח [שבסעיף 4\(6\) לחוק](#). שלילה מוחלטת של עילות התביעה והתרופות נגד המשיבה, הגלומה בסעיף זה, אף מקיימת את חזקת הקיפוח [שבסעיף 4\(8\) לחוק](#).

93. לא מצאנו בסיכומי המשיבה כל טענה העשויה לשלול את חזקות הקיפוח האמורות. איננו מקבלים את טענת המשיבה כי עריכת השומה על ידה עבור הלקוח נעשית "לפנים משורת הדין" וכ"שירות ללא תמורה". המשיבה היא חברה מסחרית, ושיקוליה הם שיקולים מסחריים. מתן שירות כזה או אחר ללקוחותיה אינו בבחינת מעשה חסד מצידה. שירות שהיא בוחרת לתת ללקוחותיה נעשה, מן הסתם, משיקולי מוניטין, תחרות עסקית וכיוצא באלה שיקולים עסקיים. גם התמורה שמשלם הלקוח למשיבה משולמת עבור העסקה בכללותה, ואין כל דרך להפריד ולאבחן עבור איזה מבין רכיבי המכר או השירות הנכללים בחוזה משולם איזה חלק מתוך התמורה. יש להניח, לפיכך, כי התמורה משולמת כמכלול עבור כל פעולותיה של המשיבה במסגרת החוזה, וכי התמורה אף מתומחרת בהתאם.

94. יתר על כן, כאשר המשיבה – הנתפסת בעיני לקוחותיה כבעלת הידע וכמי שלרשותה עומדים היועצים והאמצעים המתאימים לעריכת השומה ולביצוע הדיווח לרשויות המס – מציעה ללקוחותיה את השירות של עריכת השומה והדיווח, יש להניח כי רבים מהם יממשו אפשרות זו. הם יעשו כן תוך הסתמכות על מיומנותה המקצועית של המשיבה ומבלי שיהיו מודעים לסיכון הכרוך באי-דיווח או בדיווח לקוי או בעריכה לא נאותה של השומה, וכן מבלי שיהיו מודעים למשמעויות העשויות לנבוע מכך שהמשיבה הסירה מעצמה כל אחריות לתוצאות

העלולות להיגרם מהסיכון האמור. זאת ועוד, כמי שעורכת את השומה ומגישה את הדיווח, וכמי שהיא בעלת המומחיות, הכלים והיועצים לביצוע הפעולות הללו, המשיבה היא אף מונעת הנזק היעילה יותר. אם תישא המשיבה באחריות למעשיה ולמחדליה, יהיה בכך משום תמריץ עבודה לפעול במיומנות הראויה בביצוע הפעולות הללו, בעוד שמתן פטור מאחריות יש בו כדי לאיין תמריץ זה.

95. רשאית המשיבה להחליט כי איננה מספקת ללקוחותיה את השירות של עריכת שומה ודווח לרשויות המס. במקרה כזה ידעו הלקוחות מראש כי עליהם להיערך בהתאם. יש להניח שבמקרה כזה הלקוחות אף יבחנו את המשמעות הכספית הנובעת מכך שעליהם לערוך את השומה ולדווח לרשויות המס בעצמם או באמצעות עורך דין מטעמם. אולם, אם מחליטה המשיבה לספק שירות זה ללקוחותיה (וכאמור, יש להניח כי בעשותה כן היא מונחית על ידי שיקולים עסקיים), עליה לשאת באחריות לתוצאות מעשיה ומחדליה.

96. אנו קובעים לפיכך כי על המשיבה לתקן את סעיף 9.5 באחת משתי הדרכים הבאות: למחוק את הסיפא של הסעיף, החל מהמילים "ובמקרה כזה לא תחול על החברה" ועד לסוף הסעיף, או, לחלופין, להוסיף בסוף הסעיף את המילים: "וזאת למעט במקרה של מעשה או מחדל ברשלנות או בזדון מצד החברה".

סעיף 10.3 להסכם – חתימת הקונה על ייפוי-כוח איננה משחררת מאחריות

97. הסעיף קובע כי עצם חתימתו של הקונה על ייפוי-כוח למשיבה (בהתאם לסעיף 10.1 להסכם) אין בה כדי לשחררו מהחובה לקיים את התחייבויותיו על פי ההסכם, וכי למרות חתימתו על ייפוי-הכוח יחתום הקונה בעצמו על המסמכים הקשורים בהסכם, אם יתבקש לעשות כן על ידי המשיבה.

98. המבקש טען בתחילה כי כל מטרת החתימה על ייפוי-הכוח היא להוות תחליף לנוכחות פיזית של הקונה ולחתימתו, ולפיכך אין מקום לחייב את הקונה לחתום בעצמו על המסמכים הדרושים לביצוע החוזה מקום שאין צורך בכך. בנוסף, טען המבקש כי אין הבהרה בסעיף מתי בדיוק ייפוי-הכוח לא ישחרר את הקונה ומתי המשיבה היא שתפעל בשמו של הקונה על פי ייפוי-הכוח, ועובדה זו אף היא מקנה למשיבה יתרון בלתי-הוגן על פני לקוחותיה.

99. לא מצאנו כל חשש לקיפוח בסעיף הנ"ל. ההיפך מכך הוא הנכון. הזמנת הקונה לחתום בעצמו על מסמכים (הכוונה בעיקר למסמכי רישום הזכויות) מאפשרת לו לשוב ולבחון את המסמכים עליהם הוא חותם ולוודא כי הם תואמים את הוראות החוזה. לעומת זאת, חתימה על ידי המשיבה על פי ייפוי-כוח, אינה מאפשרת לקונה הזדמנות כזו לבדיקה חוזרת של המסמכים. כידוע, רכישת דירה אינה עסקה של מה-בכך. היתרון של אפשרות בדיקה חוזרת של מסמכי הרישום עולה עשרת מונים על החיסרון שב"הטרחת" הקונה לצורך ביצוע החתימה. ראוי גם לזכור כי על פי מהות העסקה בה מדובר, יש להניח כי אין מדובר בזימונים רבים ותכופים של הקונה לצורך חתימה על מסמכים, אשר עלולים לגרום לו טרחה רבה, אלא באירוע שיש לשער כי הוא נדיר למדי ועשוי להתרחש פעם אחת או פעמים ספורות במהלך ביצוע החוזה.

100. במהלך הדיון שהתקיים בבית הדין ביום 13.10.10, הודיע המבקש כי הוא חוזר בו מטענותיו לגבי סעיף זה. כאמור, אנו סבורים כי עמדה זו היא ראויה. לאור זאת ישאר הסעיף על כנו בנוסחו הקיים.

סעיף 11.2 להסכם – הגבלת עבירות של זכויות וחובות הקונה בטרם מועד המסירה

101. סעיף 11.2 להסכם קובע בין היתר כי הקונה לא יהיה רשאי להעביר את זכויותיו והתחייבויותיו על פי ההסכם אלא לאחר מסירת הדירה לחזקתו.

102. המבקש סבור כי סעיף זה מקפח בכך שהוא מתנה על [סעיף 1 לחוק המחאת חיובים](#), תשכ"ט-1969, המאפשר לקונה להעביר את זכויותיו החוזיות כנושה של המשיבה ללא הגבלה. בנוסף סבור המבקש כי האיסור המוחלט על העברת החובות של הקונה מהווה אף הוא תנאי מקפח.

103. המשיבה, לעומת זאת, סבורה כי לאור מערכת היחסים המסועפת שנוצרת בין הצדדים, ראוי לאפשר לה לסיים את העסקה מול הקונה עימו ביצעה את השלבים הקודמים בעסקה, מבלי שתמצא מולה רוכש אחר על כל המשתמע מכך.

104. אכן, ככל שמדובר בהמחאת זכויותיו של הקונה (להבדיל מהמחאת חובותיו כלפי המשיבה), יש באיסור האמור משום התניה על הוראות [סעיף 1\(א\) לחוק המחאת חיובים](#). נושה זכאי להמחות את זכותו ללא צורך בהסכמת החייב, אלא אם נשללה או הוגבלה עבירותה של הזכות לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם. הזכות אותה נושה הקונה במשיבה איננה בעלת אופי אישי ועבירותה איננה מוגבלת, לפיכך, על פי מהותה. עבירות הזכות גם איננה מוגבלת על פי דין. ההסכם שבו אנו דנים אכן אוסר על המחאת הזכות, ולפיכך מתקיימת, לכאורה, החלופה השלישית המנויה [בסעיף 1\(א\) לחוק המחאת חיובים](#). אלא שאיסור זה נקבע בחוזה אחיד, ולפיכך שומה עלינו לבדוק האם יש בו כדי לקפח את הקונה.

105. מצד אחד, יש לקחת בחשבון כי בחוזה למכירת דירה, המשמעות שעשויה לנבוע מהמחאת הזכות – מנקודת מבטה של המשיבה – חורגת מעט מזו שבחוזים אחרים. בכל חוזה רגיל, המשמעות העיקרית הנגזרת מההמחאה כלפי החייב היא "החלפת נושים". דהיינו, העובדה שיהיה על החייב לקיים חיובו כלפי הנושה החדש (הנמחה) במקום כלפי הנושה המקורי (הממחה), ותו לא. בחוזה למכירת דירה עשויות להיות לענין זה השלכות נוספות מבחינת המשיבה. כך, למשל, יש להניח כי יהיה צורך בשיתוף פעולה מצד המשיבה לצורך העברת הבטוחות שניתנו לקונה לטובתו של הנמחה. אמנם [סעיף 5 לחוק המחאת חיובים](#) מטיל על הנושה-הממחה את ביצוע הפעולות הדרושות לשם העברת בטוחות הנלוות לזכות שהומחאה, אלא שבהקשר שבו אנו עוסקים, העברת הבטוחה (יש להניח כי בדרך כלל יהיה מדובר בערבות בנקאית) תחייב, מן הסתם, שיתוף פעולה מצד המשיבה והדבר אף עלול לגרום לה טרחה מסוימת. יתר על כן, המשיבה אמורה בשלב כלשהו לרשום את הבנין שבו מצויה הדירה כבית משותף, ובמסגרת זו לרשום את הדירה במרשם המקרקעין על שם הקונה. אם הקונה המחאה את זכויותיו, יהיה עליה לבצע את הרישום על שם הנמחה. ביצוע הרישום כרוך בפרוצדורות שונות (כגון המצאת אישורי מיסים, חתימה על מסמכים שונים ועוד). במסגרת החוזה דואגת המשיבה מראש למנוע תקלות בהליך הרישום ולהבטיח שיתוף פעולה מצד הקונה בביצוע הפעולות הללו (כגון באמצעות החתמת הקונה על יפוי-כוח המאפשר למשיבה לחתום בשמו על מסמכי הרישום). סביר להניח כי על מנת למנוע תקלות בתהליך הרישום, תהיה המשיבה מעוניינת ליצור מנגנונים דומים גם כלפי הנמחה. הנה כי כן, קיים לכאורה אינטרס לגיטימי למשיבה להגביל את העברת זכויותיו של הקונה.

106. מצד שני, איסור גורף על העברת זכויותיו של הקונה עלול לפגוע פגיעה קשה באינטרסים הכלכליים שלו. אמנם מדובר באיסור שחל רק במהלך תקופת הביניים שבין מועד כריתת החוזה לבין מועד מסירת הדירה לקונה, אולם גם תקופת ביניים זו עשויה להיות ארוכה למדי. הגבלה גורפת על אפשרות העברת הזכויות בממכר בתקופת

הביניים עלולה, לדוגמה, ליצור מצב קשה ולא הוגן כלפי קונים שנקלעו למצוקה כלכלית ושדווקא העברת זכויותיהם בממכר עשויה לאפשר להם לעמוד במחויבותם.

107. ככל שמדובר בהמחאת חובותיו של הקונה, אכן חוק המחאת חיובים קובע כי חבותו של חייב ניתנת להמחאה רק בהסכמת הנושה. אין צורך להכביר מילים על כך שלמשיבה אינטרס חשוב לוודא מיהו החייב העומד מולה ולברר, בין היתר, את חוסנו הכלכלי. יחד עם זאת, מאחר שהחוק מכיר בכוחו של הסכם לאפשר את המחאת החבות, והשאלה שלפנינו נוגעת לחוזה אחיד השולל לחלוטין ומראש כל הסכמה מצד הנושה להמחאה, יש להוסיף ולבחון האם סירוב גורף זה אינו עלול להביא לקיפוח הקונה. דעתנו היא שאף בענין המחאת החבות הנוסח הקיים של הסעיף הנו קיצוני יתר על המידה.

108. כמו במקרים רבים אחרים, נראה לנו כי הפתרון הראוי מצוי בתווך, בדרך הביניים שבין שתי העמדות הקיצוניות שמציגים הצדדים. מצד אחד, אין מקום לאיסור גורף ובלתי-מידתי שיש בו לפגוע פגיעה קשה בלקוחות. מצד שני, גם אין מקום לאפשר המחאה נטולת סייגים שעלולה לפגוע באינטרסים לגיטימיים של המשיבה כפי שפרטנו לעיל. אנו סבורים, לפיכך, כי הניסוח הנוכחי של הסעיף הוא גורף מדי וככזה מקפח. למניעת הקיפוח תימחק בסעיף 11.2 כל הפסקה הראשונה ובמקומה תבוא הפסקה הבאה:

"עוד מועד המסירה לא יהיה הקונה רשאי להעביר את זכויותיו והתחייבויותיו לפי הסכם זה לאחר (להלן – 'הנעבר'), אלא בהסכמת החברה ולאחר שהקונה והנעבר ימציאו לחברה את כל המסמכים והאישורים המפורטים להלן. החברה לא תהיה רשאית להתנגד להעברת הזכויות וההתחייבויות של הקונה טרם מועד המסירה, אלא מטעמים סבירים. לאחר מועד המסירה יהיה הקונה רשאי להעביר את זכויותיו והתחייבויותיו לפי הסכם זה לנעבר, בתנאי שהקונה קיבל את הסכמת החברה להעברה. החברה לא תסרב להעברת הזכויות וההתחייבויות של הקונה לאחר מועד המסירה, כפוף לכך שהקונה מילא אחר כל התחייבויותיו כלפיה במלואן ובמועדן, ושהקונה והנעבר ימציאו לחברה את כל המסמכים והאישורים המפורטים להלן. ואלה המסמכים והאישורים:"

סעיף 12.4 להסכם – איסור על רישום הערת אזהרה לטובת הקונה

109. סעיף 12.4 להסכם קובע כי הבטוחה (כלומר הערבות הבנקאית או פוליסת הביטוח הניתנות לקונה על פי האמור בסעיף 12.2 להסכם, או הבטוחה החלופית שניתנת לו על פי האמור בסעיף 12.3 להסכם) ניתנת לקונה בתנאי מפורש שהוא לא ירשום הערת אזהרה בלשכת רישום המקרקעין בקשר עם ההסכם, וזאת אף אם קיימת אפשרות חוקית לכך. הסעיף מוסיף וקובע כי אם למרות האיסור ירשום הקונה הערת אזהרה לטובתו, ייחשב הדבר להפרת ההסכם מצדו והמשיבה תהיה רשאית להשתמש בייפוי-הכוח שניתן לה לצורך מחיקת ההערה.

110. מנוסחו המקורי של הסעיף לא עלה באופן ברור וחד-משמעי כי האיסור על רישום הערת אזהרה חל אך ורק כאשר אכן ניתנה לקונה אחת משתי הבטוחות האמורות בסעיף 12.2, דהיינו ערבות בנקאית או פוליסת ביטוח. בהמלצת בית הדין הסכימו הצדדים כי בסעיף 12.4, לאחר המילים "והקונה מתחייב שלא לדרוש ולא לגרום לרישום הערת אזהרה כנ"ל", ייוסף המשפט הבא: "התחייבותו של הקונה כלעיל מותנית בכך שניתנה לקונה הבטוחה כאמור בסעיף 12.2 לעיל". בכך יש להסיר את החשש מפני מצב בו הקונה יישאר ללא בטוחה לכספו. לאור תיקון זה של הסעיף, המקובל על המבקש, איננו מוצאים מקום להתערב בו.

סעיף 13.3 להסכם – פיצויים מוסכמים

מבוא

111. סעיף 13.3 להסכם קובע, בין היתר, מנגנון של פיצויים מוסכמים לטובת המשיבה, באומרו: "בכל מקרה של ביטול ההסכם ע"י החברה עקב הפרתו ע"י הקונה, ישלם הקונה לחברה סכום השווה ל-15% (חמישה עשר אחוזים) מהתמורה... כפיצויים קבועים ומוערכים מראש והחברה תהיה רשאית לחלט לטובתה סכום זה מתוך הסכומים ששולמו לה ע"י הקונה, וזאת מבלי לגרוע מכל תרופה אחרת המוקנית לחברה על פי הסכם זה ו/או על פי כל דין".

112. המבקש טוען כי הפיצוי המוסכם הנקוב בסעיף הינו בשיעור גבוה מאד וכי הוא חורג מהיקף הנזק שעלול להיגרם למשיבה בעקבות הפרה מצד הקונה. מנגד טוענת המשיבה, כי פיצוי מוסכם בשיעור של 15 אחוזים במקרה של הפרה שהולכה לביטול החוזה מקובל בחוזים שונים, וכי אף מינהל מקרקעי ישראל נוקב בשיעור זה בהסכמים שהוא עורך. יתר על כן, לטענת המשיבה הדין קובע כי אין להתערב בשיעורם של פיצויים מוסכמים כל עוד קיים יחס סביר, ולו גם בדוחק, בין שיעור הפיצויים שנקבע בחוזה לבין הנזק שניתן היה לראותו בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.

113. עקרונית צודקת המשיבה בטענתה, כי על פי הדין הכללי סמכות ההתערבות של בית המשפט בתנית פיצויים מוסכמים מוגבלת למדי. המסגרת הנורמטיבית בענין זה מעוגנת [בסעיף 15 לחוק התרופות](#). כידוע, הפיצוי המוסכם נועד בעיקרו לחזות את נזקי ההפרה הצפויים בעת כריתת החוזה ולא להעניש את המפר (ראו בענין זה [ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב\(1\) 661, 669-670](#); [ע"א 5806/02 ארביב נ' קרני, פ"ד נח\(5\) 193, 200](#)). משום כך מוקנית לבית המשפט – [בסעיף 15\(א\)](#) סיפא [לחוק התרופות](#) – הסמכות להפחית פיצויים מוסכמים. עם זאת, הפסיקה קבעה כי מידת ההתערבות של בית המשפט בתנית פיצויים מוסכמים היא מוגבלת. כל עוד קיים יחס סביר כלשהו בין הפיצוי המוסכם לבין הנזק אותו ניתן היה לחזות בעת שנכרת החוזה, יש להותיר את הפיצוי המוסכם בתקפו (ראו לדוגמה: [ע"א 300/77 רוזנר נ' בנייני ט.ל.מ. חברה לבנין ופיתוח בע"מ, פ"ד לב\(3\) 682, 686](#); לסקירה נרחבת בנושא פיצויים מוסכמים ולבחינת השיקולים השונים שעל פיהם יש לבחון את סבירותם, ראו פסק דינו של השופט רובינשטיין [בע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ](#), [פורסם בבנו] מיום 13.12.2006; לדיון מקיף בהפחתת פיצויים מוסכמים ולריכוז אסמכתאות בנדון, ראו גם שלו ואדר תרופות, בעמ' 495-508). לפי מבחן מצמצם זה, ייתכן שהפיצויים שנקבעו בענינו (בשיעור של 15% מסכום התמורה) צולחים בהצלחה את [סעיף 15\(א\) לחוק החוזים](#) תרופות. אמנם קשה לקבוע אמת מידה כללית בענין זה, שהרי "הצפיות הסבירה משתנה ממקרה למקרה, בהתאם לטיב העסקה, להיקפה הכלכלי, לקשת הפרות שניתן לצפות, להיקף הסיכונים הכרוכים בהפרה... ולשיקולים נוספים" (שלו ואדר תרופות, בעמ' 503). עם זאת "בהקשר המיוחד של חוזים למכר מקרקעין, מסתמן נוהג שיפוטי שלפיו תניה הקובעת עד כ-20% מערך הנכס כפיצוי מוסכם במקרה של הפרה יסודית תוכר בדרך כלל כסבירה, ולכן – כמוגנת מפני התערבות שיפוטית" (שלו ואדר, שם). כך, לדוגמה, [בע"א 4481/90 אהרן נ' ג. פרץ מ. בן גיאת חברה להנדסה ובנין בע"מ, פ"ד מז\(3\) 427](#), אושרו פיצויים מוסכמים בשיעור 17% ממחיר הדירה; ובע"א [3745/92 פסקל נ' מזרחי, פ"ד מח\(2\) 359](#), אושרו פיצויים מוסכמים בשיעור 18% ממחיר הדירה. מאידך, [בע"א 313/85 קור נ' דיין, פ"ד מא\(4\) 151](#), סבר הנשיא שמגר כי פיצויים מוסכמים בשיעור 25% הם "גבוהים קמעא" ולכן מצדיקים הפחתה. בדומה לכך, [בע"א 126/84 יצחקי נ' שור, פ"ד לח\(3\) 620](#), הופחתו פיצויים מוסכמים בשיעור 23% מהתמורה החוזית. הנה כי כן, המסקנה העולה היא, שפיצויים מוסכמים בשיעור 15% מהתמורה המוסכמת בחוזה למכר דירה אינם מצדיקים בדרך כלל התערבות שיפוטית מכוח [סעיף 15\(א\) לחוק החוזים](#) תרופות.

סמכות ההפחתה של פיצויים מוסכמים לעומת סמכות ההתערבות בתנאי מקפח

114. אלא שהדברים האמורים עד כאן נוגעים, כאמור, לסמכות ההפחתה הכללית הקבועה [בחוק החוזים](#) תרופות. בענייננו מדובר בחוזה אחיד ובשאלה האם קביעת פיצויים מוסכמים בשיעור גבוה לטובת הספק מהווה תנאי מקפח לפי [חוק החוזים](#) האחידים. מדובר בשתי סוגיות שונות ונפרדות. בהחלטת בית הדין בח"א 9005/03 [היועץ המשפטי לממשלה נ' שח"ל טלרפואה בע"מ](#) [פורסם בנבו] (מיום 26.6.06) נדונה, בין היתר, שאלת היחס שבין סמכות ההפחתה של פיצויים מוסכמים הנתונה לבית המשפט מכוח [סעיף 15\(א\) לחוק החוזים](#) תרופות, לבין סמכות הביטול או השינוי של תנאי מקפח (ובכלל זה תנית פיצויים מוסכמים) הנתונה לבית המשפט או לבית הדין מכוח [חוק החוזים האחידים](#). באותו ענין נקבע, כי הסמכות להפחית פיצויים מוסכמים והסמכות לבטל או לשנות תניה מקפחת בחוזה אחיד הן סמכויות העומדות זו בצד זו, ואין האחת גורעת מרעותה (ראו גם [סעיף 24 לחוק החוזים](#) האחידים). יתר על כן, מדובר בשתי סמכויות שהמבחנים להפעלתן אינם זהים.

115. סמכות ההפחתה [שבסעיף 15\(א\) לחוק החוזים](#) תרופות חלה על כלל החוזים (משמע, גם חוזים שאינם אחידים). עקרון חופש החוזים מחייב לפיכך זהירות יתר מפני התערבות בתניה חוזית מוסכמת. לאור זאת סמכות ההתערבות שב[חוק החוזים](#) תרופות מנוסחת – ומופעלת הלכה למעשה בידי בתי המשפט – בזהירות ובמשורה. ההתערבות תהיה מוצדקת רק כאשר שיעור הפיצויים המוסכמים שנקבע בחוזה משקף סטייה משמעותית ממטרתם הקומפנסטורית של הפיצויים. לא כך ביחס לחוזים אחידים: כאן, כידוע, נחלשת עוצמתו של השיקול המבוסס על עקרון חופש החוזים. משום כך נראה כי מבחני ההתערבות בתנית פיצויים מוסכמים במסגרת [חוק החוזים](#) האחידים עשויים להיות רחבים יותר מאשר בדין הכללי. נובע כי היחס שבין סמכות ההתערבות הנתונה לבית המשפט [בסעיף 15\(א\) לחוק החוזים](#) תרופות, לבין סמכות ההתערבות מכוח [חוק החוזים האחידים](#), הוא "חד-כיווני", לאמור: תניה של פיצויים מוסכמים שבית המשפט היה מתערב בה בהתאם למבחני [סעיף 15\(א\) לחוק החוזים](#) תרופות, מהווה קרוב לוודאי – אם נכללה בחוזה אחיד – גם תניה מקפחת. אולם, אין לומר היפוכו של דבר: אין לגרוס שכל תניה של פיצויים מוסכמים שבית המשפט היה נמנע מלהתערב בה במסגרת סמכותו לפי [סעיף 15\(א\) לחוק החוזים](#) תרופות, היא גם בהכרח תניה שאיננה מקפחת בראי [חוק החוזים האחידים](#).

116. המבחן שלאורו יש לבחון תנית פיצויים מוסכמים במסגרת [חוק החוזים](#) האחידים הוא מבחן הקיפוח. לצורך בחינת הקיפוח בנוגע לתניה הקובעת פיצויים מוסכמים לטובת הספק, יש לתת את הדעת בעיקר לשאלה עד כמה נדרשת התניה לשם הגנה על אינטרס לגיטימי של הספק לעומת הפגיעה שעלולה להיגרם ממנה ללקוח. בהינתן העובדה שתכליתם העיקרית של סעיפי פיצויים מוסכמים איננה עונשית, אלא חסכון בעלויות הוכחת הנזק, יש לברר מהם סוגי הנזקים שהפרת הלקוח עלולה לגרום לספק, ומהי מידת הקושי הצפויה לספק בהוכחת נזקו. מנגד, יש לשקול את הפגיעה העלולה להיגרם ללקוח לאור האפשרות שיחויב בפיצויים בסכום העולה על הנזק שגרמה הפרתו בפועל (השוו: לוסטהויז ושפניץ בעמ' 384-383). מבלי לקבוע מסמרות בענין זה, אנו סבורים כי שיקולים נוספים העשויים להילקח בחשבון לצורך בחינת הקיפוח הם, למשל, באיזו מידה תנית הפיצויים המוסכמים מבחינה בין הפרות קלות לבין הפרות חמורות (ראו לוסטהויז ושפניץ בעמ' 383). כמו כן ראוי לתת את הדעת גם לשאלת ההדדיות: מצב בו קיימת תנית פיצויים מוסכמים לגבי הפרות של הלקוח, אך נעדרת תניה כזו לגבי הפרות מצד הספק, עלול אף הוא לעורר חשד לקיפוח. כאמור, הרשימה איננה סגורה ובחינת הקיפוח תלויה, כתמיד, במכלול תנאי החוזה ושאר הנסיבות.

בחינת תנית הפיצויים המוסכמים בהסכם לאורו של מבחן הקיפוח

117. מהכלל אל הפרט: עד כמה נחוצה תנית הפיצויים המוסכמים שבסעיף 13.3 להסכם על מנת להגן על אינטרס לגיטימי של המשיבה, מחד גיסא, ומהי הפגיעה שעלולה להיגרם ממנה לרוכשי הדירות, מאידך גיסא? כאמור, האינטרס העיקרי (הלגיטימי) של המשיבה בתנית הפיצויים המוסכמים הוא חיסכון בעלויות ההוכחה של

נזקי ההפרה, בעוד הפגיעה העיקרית שעלולה להיגרם ללקוחות היא חיובם בפיצוי-יתר. בהינתן השיקולים הללו, ראוי לדעתנו לאבחן בין ראשי הנזק השונים שעלולים להיגרם למשיבה בשל ההפרה.

118. תנית הפיצויים המוסכמים שבסעיף 13.3 להסכם חלה **"בכל מקרה של ביטול ההסכם ע"י החברה עקב הפרתו ע"י הקונה"**. קרוב לוודאי שהפרה מצד הקונה המצדיקה את ביטול ההסכם תתרחש בפרק הזמן שבין מועד כריתת ההסכם לבין מועד גמר תשלום התמורה. זהו פרק הזמן שבו מרוכזים עיקר חיובי הקונה (במיוחד החיוב הנוגע לתשלום התמורה), ולפיכך זו גם התקופה שבה עלולה להתרחש הפרה מצידו (ראו גם סעיף 13.2 להסכם הקובע את זכותה של המשיבה לבטל את החוזה אם הקונה אינו משלם במועד ובמלואם את הסכומים שעליו לשלם על פי החוזה). יש לזכור כי הפרה כזו מתרחשת עוד בטרם נמסרה הדירה לקונה. במצב כזה – בו בוטל ההסכם בשל הפרתו בידי הקונה והדירה עדיין מצויה ברשות המשיבה – יכולה היא למכור את הדירה לקונה חלופי. נזיקה העיקריים של המשיבה במקרה כזה עלולים להיות לפיכך בעיקר אלה: **ראשית**, העלויות הכרוכות ב"החלפת" הקונה המפר בקונה חדש. עלויות אלה כוללות מן הסתם הוצאות מינהליות הנגרמות בשל פרוצדורת הביטול וכן עלויות הנלוות לאיתורו של קונה חלופי וההתקשרות עימו (מטעמי נוחות נכנה להלן את כלל הנזקים הללו בשם **"עלויות ההחלפה"**). **שנית**, עלול להיגרם למשיבה נזק הנובע ממכירת הדירה לקונה החלופי במחיר נמוך יותר ממחיר המכירה לקונה המקורי (להלן – **הפרש שווי**). **שלישית**, עלול להיגרם למשיבה הפסד מסוים הנובע מכך שמועד תשלום התמורה על ידי הקונה החלופי עלול להיות מאוחר למועד התשלום של הקונה המקורי. נבחן לפיכך – לגבי כל אחד מראשי נזק אלו – מהו האיזון הראוי בין ההגנה על האינטרס הלגיטימי של המשיבה (חיסכון בעלויות הוכחת הנזק) לבין החשש מפני פגיעה באינטרס הלקוחות (חיובם בפיצוי-יתר).

119. ככל שמדובר בנזק הנובע מעלויות ההחלפה, ניתן לדעתנו להצביע על אינטרס ממשי ולגיטימי של המשיבה בקביעת פיצויים מוסכמים בשל רכיב נזק זה. אף שמדובר בסוג נזק שהתרחשותו היא למעשה ודאית, הוכחתו במקרה קונקרטי איננה פשוטה. במידה רבה, עלויות ההחלפה בעסקה ספציפית עלולות להיטמע בתוך העלויות הכוללות, הנובעות מהפעילות העסקית השגרתית של המשיבה. כך, קשה למשל לכמת ולהוכיח מהי תוספת העבודה או המאמץ שנגרמה לפקידי המשיבה או ליועציה המשפטיים – שעושים ממילא את מלאכתם השוטפת בחברה – בשל החלפתו של קונה ספציפי, ומהי העלות הנוספת למשיבה הנגזרת מכך. עם זאת, ברור לחלוטין כי בבחינה כוללת, סך כל עלויות ההחלפה של כלל הקונים-המפרים מהווה נזק כספי למשיבה שראוי להשיתו על אותם קונים. לאור זאת ניתן לקבוע כי קיים אינטרס לגיטימי של המשיבה בקביעת פיצויים מוסכמים לגבי ראש נזק זה. בה בעת, אין לומר כי פיצויים מוסכמים בגין עלויות ההחלפה עלולים לפגוע באופן ממשי באינטרס של הלקוחות: **ראשית**, מפני שמדובר כאמור בנזק שהתרחשותו היא ודאית, כך שאין למעשה חשש שהלקוח יחויב בתשלום פיצויים עבור נזק שלא נגרם בפועל על ידו. **שנית**, מפני שסכום הפיצויים בגין ראש נזק זה אינו יכול להיות גבוה במיוחד. בהקשר זה יש לזכור כי מנגנון המכירות של המשיבה – כחברה שעיסוקה הקבוע הוא במכירת דירות – קיים ממילא. הוצאות התקורה של המשיבה אינן משתנות בדרך כלל, לפחות לא באופן משמעותי, כתוצאה מכך שעליה לבצע מכירה נוספת בפרויקט. ההסכם אשר על פיו נמכרת הדירה הוא ממילא חוזה אחיד, כך שגם עלויות הכנת ההסכם אינן יכולות להיות משמעותיות למדי. איננו מתעלמים מכך שקיימות עלויות עסקה להתקשרות החלופית, אלא שכאשר מדובר בחברה שעיסוקה הוא במכר דירות, עלויות אלה לא יהיו במרבית המקרים כבדות, כך שפיצוי מוסכם שנועד לכסות עלויות אלה אינו יכול להיות בסכום גבוה. על מנת לסבר את האוזן: אם סכום הפיצויים המוסכמים נקבע (כנהוג לעיתים קרובות בעסקאות מקרקעין) באחוז מסוים מהתמורה החוזית, אזי יש להניח כי בהקשר זה מדובר לכל היותר באחוזים בודדים בלבד.

120. לעומת זאת, ככל שמדובר בשני רכיבי הנזק האחרים, עמדתנו בסוגיית הפיצויים המוסכמים היא שונה. בעיקר אמורים הדברים כלפי הנזק הנובע מהפרש שווי. תניה הקובעת פיצויים מוסכמים לטובת המשיבה בגין נזק הנובע מהפרש שווי הנה מקפחת כשלעצמה, וזאת בלא קשר לשיעור הפיצויים המוסכמים שנקבע במסגרתה. האינטרס של המשיבה בקביעת פיצויים מוסכמים עבור רכיב נזק זה הוא מוגבל, ותועלתו האפשרית למשיבה כלל איננה משתווה לפגיעה העלולה להיגרם ללקוחותיה כתוצאה מקיומו של הסדר הפיצויים המוסכמים. הסיבה לכך כפולה: מחד גיסא, התרחשותו של נזק בשל הפרש שווי כלל אינה ודאית. ממילא עלולה התניה לקפח את הלקוחות אם הללו יחויבו לשלם פיצויים בשל נזק שלמעשה לא אירע. מאידך גיסא, פסילת התניה לא תגרום פגיעה מהותית באינטרס של המשיבה, וזאת לאור העובדה שנוק זה – אם אכן נגרם בפועל – ניתן להוכיח פשוטה וקלה יחסית. נפרט.

121. **ראשית**, לענין אי-הוודאות של התרחשות הנזק: בניגוד לנזק הנובע מעלויות ההחלפה, שכאמור לעיל עובדת קיומו הנה למעשה ודאית, אין כל ודאות שייגרם למשיבה הפסד בשל הפרש שווי. הדבר תלוי כמובן בהתנהגות השוק בין מועד הכריתה לבין מועד הביטול. במצב שבו שווי השוק של הדירה במועד הביטול גבוה משוויה בעת הכריתה, או אף במצב שבו שווי השוק לא השתנה בין שני המועדים הללו, יש להניח כי לא יגרם בדרך כלל למשיבה הפסד הנובע מהפרש שווי. הפסד כזה צפוי רק במצב שבו חלה ירידה בשווי השוק של הדירה לאחר מועד הכריתה.

122. **שנית**, לענין אפשרות הוכחת הנזק: מכיוון שנוק מסוג הפרש שווי הוא נזק ישיר מובהק, אין כל קושי לבסס טענה – בגדרו של [סעיף 10 לחוק החוזים](#) תרופות – בדבר קשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק האמור ובדבר צפיותו המסתברת של נזק כזה. יתר על כן, גם שיעורו של הנזק קל יחסית להוכחה: במקרה שהדירה נמכרה כבר לקונה חלופי, עשוי סכום המכירה החלופית לשמש ראיה מספקת לשווי השוק באותו מועד. לחלופין, ניתן להוכיח שווי זה ללא קושי מיוחד באמצעות חוות דעת של שמאי. נוסף ונאמר כי לטעמנו נזק מסוג זה ניתן לתבוע גם במסגרתו של [סעיף 11\(א\) לחוק החוזים](#) תרופות (החל במקרה של ביטול החוזה עקב הפרת **"חיוב לספק או לקבל נכס או שירות"**, ובכלל זה הפרת ההסכם מצד הקונה, מקבל הדירה, המונעת את מסירתה לידיו; לדעתנו הגם [סעיף 11\(א\)](#) לא ציין במפורש את החלופה של איחור בתשלום כחלופה הבאה בגדרו, הרי ברור שהפרשנות התכליתית של הסעיף כמו גם התקבולת בין הפרת החיוב לספק לבין הפרת החיוב לקבל מבהירה כי הסעיף הנ"ל חל גם בהפרה המשתקפת באי-תשלום על ידי הקונה המאפשר את ביטול החוזה). תביעת הנזק לפי חלופה זו אף פשוטה יותר וכלל אינה מחייבת הוכחה של קשר סיבתי ושל צפיות (ומשום כך אף מכונים הפיצויים על פי [סעיף 11\(א\) לחוק החוזים](#) תרופות בשם **"פיצויים ללא הוכחת נזק"**). כל שעל המשיבה להוכיח הוא את המחיר החוזי (על ידי הצגת החוזה) ואת שווי השוק הנמוך יותר בעת ביטול החוזה. אף כאן ניתן להוכיח את שווי הדירה במועד הביטול באמצעות חוות דעת של שמאי או באמצעות הצגת המחיר בחוזה עם הקונה החלופי (אם זה נכרת בסמוך למועד הביטול. ראו, לדוגמה, [רע"א 2371/01 אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ, פ"ד נז\(5\) 787, 794](#), שם נקבע שוויה של דירת מגורים בהסתמך על המחיר שנקבע לאותה דירה בהסכם שערך המוכר-המפר עם קונה אחר בסמוך למועד ביטול החוזה. הנשיא ברק קבע כי **"אין כל סיבה שלא לראות במחיר זה את שווי הדירה ביום הביטול"**).

123. דברים אלו שנאמרו לגבי הנזק הנובע מהפרש שווי, חלים גם לגבי הנזק או ההפסד הנובעים מדחיית מועד קבלת התמורה בידי המשיבה. **ראשית**, התרחשותו של נזק זה אינה ודאית. אמנם יש להניח כי במקרים רבים מועדי תשלום התמורה על ידי הקונה החלופי יהיו מאוחרים למועדי תשלום התמורה שנקבעו בחוזה המקורי (שהופר ובוטל), אך הדבר אינו מחויב המציאות. ייתכנו מצבים בהם הדירה תימכר לקונה החלופי סמוך למועד

ביטול החוזה המקורי, ויתכן שבמצב כזה מועדי תשלום התמורה בחוזה החלופי יחפפו בעיקרם את מועדי תשלום התמורה שבחוזה המקורי (ועקרונית אפשר שאף יקדימו אותם). משמע, שגם לגבי ראש נזק זה עשוי להתקיים מצב שבו יחויב קונה-מפר בתשלום פיצויים מוסכמים למשיבה בגין נזק שכלל לא אירע בפועל. **שנית**, הנזק הנובע מדחייה במועדי קבלת התמורה בידי המשיבה, ניתן אף הוא להוכיח פשוטה יחסית, על ידי הצגת תנאי התשלום בחוזה החלופי לעומת תנאי התשלום בחוזה המקורי, יחד עם הצגת הוכחה בדבר ירידת ערך הכסף (הפרשי מדד) ושווי השימוש בכסף (הריבית) עבור המשיבה בתקופת הדחייה (לדיון מפורט בנזק מסוג זה ודרכי חישובו והוכחתו, ראו שלו ואדר תרופות בעמ' 425-422). יתרה מכך, הנזק שענינו שווי השימוש בכסף ניתן לתביעה במסגרת **סעיף 11(ב) לחוק החוזים** תרופות, הקובע כי הפרה של חיוב לשלם סכום כסף מזכה את הנפגע, ללא הוכחת נזק, בפיצויים במלוא סכום הריבית החוקית. קל-וחומר משעה שההסכם גופו כולל (בסעיף 13.5) הוראה בדבר שיעור ריבית הפיגורים אותה מחויב הלקוח לשלם למשיבה, בתורת פיצוי מוסכם, במקרה של פיגור בתשלום כל סכום המגיע ממנו לפי ההסכם.

124. סיכומו של דבר: תניה בחוזה האחיד הקובעת פיצויים מוסכמים לטובת המשיבה בגין הנזק שעלול להיגרם לה בשל עלויות ההחלפה (בעקבות הפרת החוזה בידי הקונה וביטולו בשל כך על ידי המשיבה) איננה תניה מקפחת. זאת, בכפוף לכך ששיעור הפיצויים שנקבע בה אינו חורג מהיקף הנזק שניתן היה לראותו מראש (בהתייחס לראש הנזק האמור בלבד) כתוצאה מסתברת של ההפרה. לעומת זאת, תנית פיצויים מוסכמים בגין הנזק שעלול להיגרם למשיבה בשל שני ראשי הנזק האחרים, ובפרט בשל ראש הנזק של הפרש שווי, היא מקפחת. הפגיעה העלולה להיגרם בעטייה ללקוחות – העלולים להתחייב בתשלום פיצויים בשל נזק שלא אירע בפועל – עולה בהרבה על הפגיעה האפשרית באינטרס של המשיבה אם התניה תבוטל. הפגיעה האפשרית במשיבה מסתכמת בכך שבאותם מקרים (שאינם כל המקרים) בהם אכן נגרמו לה הפסדים בגין ראשי הנזק האמורים, יהיה עליה לשאת בעלויות ההוכחה של נזקה. בהתחשב בקלות היחסית בה ניתן להוכיח נזקים אלה, ובהתחשב בכך שהמשיבה היא חברת בניה, שלרשותה עומדים הידע, האמצעים והמומחים (מהנדסים, שמאים, רואי-חשבון וכו') להוכחת נזקים אלה, אין להפריז במשקלה של פגיעה אפשרית כזו. מכל מקום, חשש לפגיעה מוגבלת זו באינטרסים של המשיבה אינו מצדיק את הפגיעה המשמעותית באינטרסים של הלקוחות העלולה להיגרם כתוצאה מהשאת התניה האמורה על כנה.

הקיפוח שבתנית הפיצויים המוסכמים

125. לאור האמור עד כאן, האם תנית הפיצויים המוסכמים בעניננו היא מקפחת? לשם כך עלינו לבחון על אלו מבין ראשי הנזק האמורים היא נועדה לפצות. ההסכם אינו קובע ענין זה במפורש, אולם פרשנות סבירה של התניה מחייבת את המסקנה כי זו נקבעה בגין כלל נזקי ההפרה ולא רק בגין הנזק הנובע מעלויות ההחלפה. מסקנה פרשנית זו מתבקשת בראש ובראשונה מנוסח התניה, המנוסחת בלשון כללית ורחבה ("...**בכל מקרה של ביטול ההסכם ע"י החברה עקב הפרתו ע"י הקונה ישלם הקונה לחברה סכום השווה ל- 15% (חמישה עשר אחוזים) מהתמורה**..."). הניסוח הגורף עשוי ללמד כי הכוונה היא שהתניה תחול על כלל נזקי ההפרה. יתר על כן, מסקנה פרשנית זו נתמכת גם בשיעור הפיצויים המוסכמים הגבוה יחסית שנקבע: 15% מהתמורה. בהתחשב במחיר הממוצע של דירה חדשה בישראל, מדובר על פיצויים בהיקף של עשרות אלפי ש"ח (וקרוב לוודאי שאף מעבר לכך). ברור שפיצויים מוסכמים בהיקף כזה לא נועדו לחול רק על רכיב הנזק של עלויות ההחלפה אלא הם כוללים את כלל נזקי ההפרה, לרבות הנזק העיקרי שעלול להיגרם למשיבה בגין הפרש שווי (השוו): יהודה אדר ומשה **גלברד "השבה, פיצויים, צירוף תרופות** וחופש חוזים – עיון בדיני התרופות לאור ע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ" [פורסם בבנו] **משפטים** מ' 827, 873-874 (תשע"א); להלן – **אדר וגלברד צירוף תרופות**). כפי שכבר הובהר לעיל: תנית פיצויים מוסכמים שנועדה לפצות בגין נזק הנובע מהפרש שווי (וכן

בגין נזק הנובע מדחיית מועד התשלומים) היא בעייתית. היא אינה מגנה על אינטרס חיוני של המשיבה, ובאותו זמן טומנת בחובה סיכון לפגיעה קשה בלקוח אם הלה יחויב בפיצויים בגין נזק שכלל לא נגרם.

רק על מנת לסבר את האוזן, נדגים כיצד תנית הפיצויים המוסכמים שבהסכם עלולה להביא למצבים קיצוניים של חוסר הגינות. נניח כי לאחר שהלקוח שילם את מרבית מחיר הדירה (לצורך הדוגמה: 90% מהמחיר) הוא נקלע לקשיים כספיים ואינו עומד במועד התשלום של יתרת התמורה. נניח כי שווי הדירה בשוק לא ירד, אלא דווקא עלה מאז כריתת החוזה. עקרונית, יכולה המשיבה במצב כזה לבטל את החוזה ולמכור את הדירה לקונה חלופי במחיר גבוה יותר (ראו סעיף 13.2 להסכם, המאפשר למשיבה לבטל את ההסכם ולמכור את הדירה לאחר בכל מצב של אי-תשלום או פיגור בתשלום, בכפוף למתן שתי ארכות בנות 10 ימים כל אחת). במצב זה, ייתכן שהמשיבה לא זו בלבד שאינה מפסידה מביטול ההסכם אלא אף תפיק מכך רווח. למרות זאת, היא תהיה רשאית לקזז מכספי התמורה שהיא משיבה לקונה 15% מהמחיר כפיצויים מוסכמים. אכן זהו מצב קיצוני, אך הוא מדגים את החשש מפני פגיעה לא מידתית ולא הוגנת בקונה כתוצאה מהפעלת סעיף הפיצויים המוסכמים. יתר על כן, תנית הפיצויים המוסכמים מעמידה אותם על "סכום השווה ל- 15% (חמישה עשר אחוזים) מהתמורה" שנקבעה בהסכם כמחיר הדירה, וזאת אף אם הלקוח טרם הספיק לשלם עד מועד הביטול אלא חלק קטן מהמחיר (ראו הגדרת "התמורה" בסעיף 1.3 להסכם). יוצא מכאן שהתניה מאפשרת למשיבה לגבות מהקונה (בין בדרך של קיזוז ובין בדרך של הגשת תביעה) פיצויים העשויים להשתוות ואף לעלות על סכום התמורה אותו שילם לה, וזאת אף כאשר הפיגור בתשלום נוצר בסמוך לכריתת החוזה (למשל, כבר לאחר התשלום הראשון) ופרק הזמן הקצר שחלף ממועד הכריתה ועד למועד הביטול הקטין (או אינן) את הסיכוי לתנודות בשווי השוק של הדירה.

126. לאור העובדה שתנית הפיצויים המוסכמים שבסעיף 13.3 להסכם נועדה לחול על כלל נזקי ההפרה, ללא הבחנה בין סוגי הנזק השונים, אנו קובעים כי התניה מקפחת ומורים על ביטולה. נציין כי מסקנתנו זו נתמכת בשני שיקולים נוספים: ראשית, תנית הפיצויים המוסכמים בה עסקינן איננה הודית, אלא היא פועלת באופן חד-צדדי לטובת המשיבה. שנית, התניה גורפת ואינה מבחינה בין הפרות קלות לבין הפרות חמורות: התניה קובעת פיצויים מוסכמים בכל מקרה שבו ההסכם בוטל בשל הפרתו בידי הקונה. הוראה זו יש לקרוא ביחד עם סעיף 13.2 להסכם, המאפשר למשיבה לבטל את ההסכם בכל מצב של פיגור בתשלום (בכפוף למתן שתי ארכות בנות 10 ימים כל אחת) וזאת ללא כל הבחנה בין פיגור קל בתשלום לבין פיגור ניכר, ואף ללא הבחנה בין מצב בו הסכום שבפיגור הוא סכום ניכר ומשמעותי לבין מצב בו הפיגור בתשלום נוגע אך לאחוז קטן מהתמורה.

127. בשולי הדברים נציין כי נוסחו של סעיף 13.3 להסכם עלול לכאורה לעורר קושי נוסף. הסעיף קובע כי סכום הפיצויים המוסכמים הוא "מבלי לגרוע מכל תרופה אחרת המוקנית לחברה על פי הסכם זה /או על פי כל דין". בסעיף לא מובהר האם "כל תרופה אחרת" תבוא במקום הפיצויים המוסכמים (כפי שקובע סעיף 15(ב) לחוק החוזים תרופות) או שמא במצורף להם. מהאופן שבו מנוסח הסעיף עלול להשתמע ניסיון של המשיבה להתנות על העיקרון הבסיסי, לפיו אין לפסוק כפל תרופה בגין אותו ראש נזק (לעיקרון זה ראו בהרחבה: שלו ואדר תרופות בעמ' 80-89; אדר וגלברד צירוף תרופות בעמ' 847-854; לכך שהאיסור על צירוף שעלול להביא לכדי כפל תרופה הוא עיקרון קוגנטי, ראו שם בעמ' 863-865). למצער, נוסח כזה יוצר חשש מפני יצירת מצג מטעה כלפי הלקוחות, באופן שהללו עלולים לסבור כי החברה זכאית לכפל פיצוי בגין אותו רכיב נזק. מכיוון שממילא הורינו על ביטול תנית הפיצויים המוסכמים שבהסכם, איננו מוצאים מקום לדון ולהכריע בענין זה, זאת בעיקר לאור העובדה שהצדדים עצמם לא נדרשו כלל לסוגיה זו.

128. סעיף 13.3 קבע, בין היתר, כדלקמן: "בחרה החברה בביטול ההסכם כאשר היא זכאית לכך כלעיל, תחזיר החברה לקונה את יתרת הכספים המגיעים לו לאחר החילוט כלעיל וזאת בתוך 20 יום ממועד חתימת הצדדים על מסמכי ביטול ההסכם, או מיום הכרעה סופית של ערכאה מוסמכת בדבר ביטול ההסכם, לפי המוקדם. במסמכי הביטול יידרש הקונה לוותר על כל טענה ו/או דרישה לגבי הנכס, אך יהיה רשאי לשמור על כל טענה ו/או דרישה לפיצוי מהחברה בגין הביטול, ככל שיגיע לו על פי דין".

129. הצדדים נחלקו האם התניית חובת ההשבה בחתימה על המסמכים שיוצגו על ידי המשיבה מהווה תנאי מקפח.

130. המסגרת הנורמטיבית בנושא ההשבה לאחר ביטול חוזה קבועה [בסעיף 9 לחוק התרופות](#). על פי הפסיקה, כלל ההשבה "הינו הדדי, והוא חל הן על הנפגע והן על המפר" (ע"א 687/89 לירן נ' גבריאל, פ"ד מה(2) 189, 194). סעיף 13.3 להסכם עוסק במקרה שבו ביטלה המשיבה את ההסכם עקב הפרתו על ידי הקונה. על פי [סעיף 9 לחוק החוזים](#) תרופות, במקרה כזה עומדת לקונה הזכות להשבת הכספים ששילם. סעיף 13.3 להסכם מתנה אם כן על זכות ההשבה המוקנית בחוק לקונה – ואפילו אם מדובר בקונה מפר – בדרישה לחתימה על מסמכי ביטול בהם יידרש הקונה לוותר על כל טענה או דרישה לגבי הנכס.

131. לכאורה, התניית חובת ההשבה הקבועה בדין בחתימה על מסמכים מצד הקונה, מקימה חזקת קיפוח כאמור [בסעיף 6\(4\) לחוק החוזים](#) האחידים. ברם, המשיבה עומדת על ההיגיון המונח בבסיס ההוראה החוזית. לטעמה, אין היגיון שהקונה יחזיק בחבל משני קצותיו: גם יקבל חזרה את הכספים ששילם עבור הנכס, וגם עלול לטעון לזכויות בנכס ובכך למנוע מהמשיבה למכור את הנכס לאחר. יתרה מזו, אם מסכים הקונה לביטול, מדוע לא יחתום על ויתור על זכויותיו בנכס, בהתאם לחובת ההשבה ההדדית. מאידך, אם מסרב הקונה לקיום השבה, אין זה סביר כי ידרוש לקבל בכל זאת את הכספים ששילם.

132. עקרונית יש היגיון בטענת המשיבה. עם זאת, כפי שצוין לעיל בסוגיית ביטול זכרון הדברים, לא ניתן להסכים לדרישה לחתימה "בלנקו" על כל מסמך שתנסח המשיבה ולהחזקת הכספים ששולמו לה כבני ערובה עד לחתימת הקונה על מסמכים כאמור.

133. ברוח העקרונות הללו, הוסכם על הצדדים בדיון מיום 13.10.10 לשנות את נוסח הקטע הנדון מתוך סעיף 13.3 לנוסח הבא: "בחרה החברה בביטול ההסכם כאשר היא זכאית לכך כלעיל, תחזיר החברה לקונה את יתרת הכספים המגיעים לו לאחר החילוט כלעיל, וזאת תוך 20 יום ממועד הודעת הביטול ששלחה החברה לקונה, או מיום הכרעה סופית של ערכאה מוסמכת בדבר ביטול ההסכם, לפי המוקדם, ובלבד שהקונה יתחייב בכתב לוותר על כל טענה ו/או דרישה לזכות בנכס, תוך שמירה על כל טענה אחרת ככל שעומדת לו על פי דין". נוסח מוסכם זה מקובל עלינו, פרט למילים "את יתרת הכספים המגיעים לו לאחר החילוט כלעיל", אשר בעקבות מסקנתנו בפרק הקודם (לגבי תניית הפיצויים המוסכמים) יוחלפו במילים: "את הכספים המגיעים לו כדין עקב הביטול".

סעיף 13.4 להסכם – הגבלת תרופות הקונה בגין איחור במסירה

134. הסעיף קובע כי אם המשיבה איחרה במסירת הנכס לקונה לתקופה העולה על שלושה חודשים – ואם מדובר באיחור שאינו בשל אחת הסיבות המוגדרות בהסכם כסיבות המצדיקות איחור – יהיה הקונה זכאי לפיצוי

חודשי מוסכם בסכום הקבוע בסעיף 11 לנספח א' של ההסכם, וזו תהיה תרופתו היחידה של הקונה בגין האיחור במסירה.

135. המבקש טען כי הגבלת תרופות הקונה במקרה של איחור במסירה אך ורק לפיצוי מוסכם, מקפחת את הקונה, בעיקר לאור העובדה שמדובר בהגבלה שאיננה מתוחמת בזמן.

136. פשיטא שהגבלת תרופותיו של הקונה מקיימת את חזקות הקיפוח [שבסעיפים 6\)4](#) ו-[8\)4](#) [לחוק החוזים](#) האחידים. בהקשר זה לא למותר לציין, כי החשש מפני קיפוח גובר לנוכח חוסר האיזון שבסעיף 13.4 אל מול סעיף 13.5 העוסק בתרופות העומדות למשיבה כנגד הפרה מצד הקונה. כאן דווקא מקפידה המשיבה לציין, כי ריבית הפיגורים המוסכמת הקבועה בסעיף 13.5 (שבמהותה הנה בגדר פיצוי מוסכם) מגיעה לה מהקונה "בנוסף לכל תרופה אחרת שיש לחברה".

137. האם עלה בידי המשיבה לסתור את חזקת הקיפוח? המשיבה טענה כי קביעת פיצוי מוסכם היא בחירה של הצדדים לחוזה ואין להתערב בהסכמה זו. טענה זו אין בידינו לקבל, שכן היא מנוגדת למושכלות היסוד בדיני החוזים האחידים. טענת "הבחירה החופשית" רלבנטית לחוזה רגיל. בחוזה אחיד, לעומת זאת, ההסדרים החוזיים אינם נובעים מבחירה חופשית של הצדדים, אלא מקביעת התנאים, באופן חד-צדדי, על ידי הספק. משום כך הטענה שמדובר בתניה מוסכמת אין בה, כשלעצמה, כדי לסתור את חזקת הקיפוח, שאם לא תאמר כן נמצאנו מרוקנים מתוכן את דיני החוזים האחידים בכלל, ואת חזקות הקיפוח שב[חוק החוזים](#) האחידים בפרט.

138. עוד טענה המשיבה כי כל עוד מדובר בפיצוי העומד ביחס סביר לנזק הצפוי ללקוח אין כל סיבה להתערב בהסכמה זו, וכי במקרה דנן מתקיים יחס סביר כזה. טענה זו של המשיבה דינה להידחות. כפי שהובהר לעיל, שאלת היחס בין הנזק הצפוי לבין הפיצוי המוסכם רלבנטית בעיקר לענין סמכותו של בית המשפט להפחית פיצויים מוסכמים מכוח [סעיף 15\(א\) לחוק החוזים](#) תרופות. השאלה בה אנו דנים שונה. עניננו בשאלה האם הגבלת תרופותיו של הקונה לפיצוי המוסכם בלבד אינה מקפחת את זכויותיו. ראוי לזכור כי סעיף ההסכם בו עסקינן דן בהפרה של חיוב מרכזי בחוזה (חיוב המסירה של הדירה), וזאת בנסיבות בהן אין כל סיבה מוצדקת להפרה זו, ולאחר שכבר חלפו שלושה "חודשי חסד" שמעניק ההסכם ממילא למשיבה. בנסיבות אלה קשה למצוא הצדקה להגבלה הקשה על התרופות שקובע הסעיף. אף אם נניח כי שיעור הפיצויים המוסכמים (שהנו כשיעור דמי שכירות הנדרשים לשכירתה של דירה דומה – ראו פסקה 397 לסיכומי המשיבה) משקף את הנזק הצפוי, הרי שהוא משקף אך ורק את הנזק הישיר הנובע מאבדן אפשרות השימוש בנכס. בנוסף לנזק זה עלולים להיגרם לקונה נזקים נוספים, עליהם לא יוכל לקבל פיצוי בשל ההגבלה שבסעיף. בנוסף, מנוע הקונה מלבטל את ההסכם, וזאת חרף העובדה שמדובר בהפרה מצד המשיבה של חיוב עיקרי, הנמשכת לפחות שלושה חודשים, ולכן יש להניח שהיא עשויה להיחשב כהפרה יסודית. לאור האמור, אין בעובדה שהפיצוי המוסכם עשוי לשקף באופן סביר את הנזק הממשי בגין אובדן השימוש בנכס (וכאמור, בגינו בלבד) משום הצדקה לשלול מהקונה את זכויותיו לתרופות אחרות.

139. המשיבה הוסיפה וטענה כי אם תתקבל טענתו של המבקש, יהיה בכך דווקא כדי להרע את מצבו של הקונה, שכן אם לא יוגבלו תרופות הקונה "הרי שאין למשיבה כל סיבה לקבוע לרוכש פיצוי מוסכם". גם טענה זו לא ראינו לקבל, ונבהיר: ההטבה העיקרית הגלומה בפיצויים המוסכמים שנקבעו בסעיף 13.4 להסכם היא בכך שהם חוסכים מהקונה את עלויות ההוכחה של הנזק שנגרם לו בגין אובדן אפשרות השימוש בנכס בתקופת האיחור במסירה. אלא שעלויות ההוכחה של נזק זה ממילא אינן כה כבדות. אם יהיה על הקונה להוכיח את נזקו

במסגרת הרגילה של [סעיף 10 לחוק החוזים](#) תרופות, כי אז כל שיידרש ממנו יהיה להוכיח את הקשר הסיבתי שבין הנזק להפרה, את צפיותו של הנזק שנגרם ואת היקפו. כאשר מדובר בנזק ישיר מסוג של אובדן אפשרות השימוש בנכס, הוכחת הקשר הסיבתי והוכחת הצפיות הן פשוטות ביותר, ולמעשה אין ספק כי נזק כזה הוא תוצאה ישירה של ההפרה והוא גם בגדר נזק צפוי. גם הוכחת היקפו של הנזק איננה מסובכת. כאשר מדובר ב"מוצר" נפוץ כמו דירת מגורים, אין קושי רב בהוכחת דמי השכירות הראויים לדירה כזו. הנה כי כן, היתרון הגלום בסעיף הפיצויים המוסכמים מנקודת מבטו של הקונה (חיסכון בעלויות ההוכחה) אינו כה משמעותי. מנגד, ה"מחיר" שנדרש הקונה לשלם על מנת לזכות ביתרון זה הוא כבד: אבדן הזכות המהותית לתרופות נוספות, ובעיקר התרופה של ביטול החוזה, וכן תרופת הפיצויים בגין נזקיו הנוספים. ברי אפוא כי אין היתרון המוענק לקונה "שווה בנזק המלך".

140. המשיבה טענה עוד, כי במקרים רבים מתקיים בפועל משא-ומתן בינה לבין הקונה על גובה הפיצוי המוסכם בגין האיחור במסירה, וכי בחלק מהמקרים היא מסכימה על שיעור גבוה יותר של פיצויים מוסכמים. בטענה זו אין כדי לשלול את חזקת הקיפוח. העובדה שבמקרים מסוימים מתנהל משא-ומתן בין הצדדים (ואין בידינו כל מידע לגבי שיעור המקרים הללו מבין כלל החוזים שנחתמים), וכמוה העובדה שלעיתים הסעיף אף משתנה תודות לכך, אינן שוללות את אופיו כסעיף אחיד בחוזה אחיד. אין טענה בפי המשיבה כי בכל המקרים מנוהל משא-ומתן אינדיבידואלי אודות הסעיף האמור. די בכך שהסעיף עלול לקפח את אותם לקוחות עימם לא נוהל משא-ומתן, על מנת להצדיק את סילוק הקיפוח המצוי בו.

141. טענה נוספת של המשיבה הייתה שאם יתרחש איחור במסירה למשך תקופות ארוכות במיוחד, כי אז עשוי בית המשפט לאפשר את ביטול ההסכם – חרף סעיף 13.4 האמור – מכוח עקרון תום הלב. דומה כי די בעובדה שיהיה צורך, לשיטת המשיבה, להיזקק ל"נשק יום הדין" של עקרון-העל בדבר תום-לב על מנת להגן על זכויותיו של הלקוח, כדי להעיד על הקיפוח הגלום בסעיף.

142. המשיבה הציעה לרכך את סעיף 13.4 להסכם (או, בלשונה, "לנקוט בגישה קונסטרוקטיבית") באופן שייקבע בו שאם האיחור במסירה יעלה על שנה כי אז יהיה הקונה רשאי לבטל את החוזה. אנו סבורים כי הצעה זו איננה מספקת. ראשית, אין בהצעה זו כדי לרפא את הקיפוח הנובע מהעובדה שהקונה מנוע מלתבוע פיצויים בגין הנזקים הנוספים שעלולים להיגרם לו עקב האיחור במסירה, כפי שהובהר לעיל. שנית, הטלת מגבלה על הקונה המונעת ממנו את ביטול ההסכם במקרה של איחור במסירה לתקופה של שנה ושלושה חודשים מעבר למועד המסירה הנקוב בהסכם (שכן השנה שהציעה המשיבה מתווספת לשלושת "חודשי החסד" הנובעים מהוראת סעיף 4.3 להסכם), נראית בעינינו בלתי-סבירה.

143. יש טעם בטענת המשיבה, לפיה בעסקה מורכבת ומסובכת של מכר דירה – בעיקר לנוכח העובדה שמדובר בדירה המצויה בהליכי בניה – אין מקום לאפשר ביטול מיידי של ההסכם על ידי הקונה בכל מצב של איחור במסירה. אלא שלצורך כך כבר נקבע ממילא בהסכם כי למשיבה נתונים שלושה "חודשי חסד" בהם היא רשאית לאחר במסירה אף ללא סיבה מוצדקת. בנסיבות הענין ייתכן שיש מקום לאפשר תקופה נוספת שבה תוגבל אפשרות הביטול של החוזה על ידי הקונה, אך אין להפריז באורכה של תקופה זו.

144. לאור מכלול השיקולים שהוצגו, הצענו לצדדים במהלך הדיון שהתקיים ביום 13.10.10, להסכים על "מדרג תרופתי" שיאזן בין האינטרסים של הצדדים. המדרג יאפשר להגן על האינטרסים הלגיטימיים של המשיבה, כפי שהובהרו לעיל, אך לא מעבר למידה הנדרשת, ותוך צמצום הפגיעה בזכויות הלקוח עד למינימום ההכרחי. במהלך הדיון אף פירטנו בפני הצדדים הצעה קונקרטית למדרג תרופתי, כדלקמן: (א) איחור במסירה

שאינו עולה על שלושה חודשים לא יזכה את הקונה בכל תרופה בשל הפרה, כאמור בסעיף 4.3 להסכם. (ב) במקרה של איחור העולה על שלושה חודשים, אך אינו עולה על תשעה חודשים, יהיה הקונה זכאי לפיצויים המוסכמים הקבועים בסעיף 13.4 להסכם, וזאת החל מיום תחילת האיחור (משמע, שהפיצויים המוסכמים ישולמו במקרה כזה גם בגין שלושה "חודשי החסד"). ענין זה מחייב הבהרה קצרה: תשלום פיצויים גם בגין "תקופת החסד" עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה. ראו, למשל: [ע"א 4337/02](#) ירמיהו עייני חברה לבנין בע"מ נ' קו-אופ צפון היפרשוק רשתות שיווק בע"מ, פ"ד נח(1) 799, 805-806, שם נאמר: "הלכה היא כי כאשר קבעו הצדדים בחוזה שביניהם כי איחור של תקופה מסוימת לא יחשב כאיחור המהווה הפרת החוזה, פרשנות בתי המשפט לענין הפיצוי במקרה של הפרה הינה כי איחור 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". ראו גם [ע"א 758/87 קאופמן נ' גזית קונסוליום השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד מד\(2\) 60, 65](#): "סעיף זה אכן נותן למשיבה ארכה של 30 יום למסירת החזקה, ואיחור המגיע עד 30 יום לא יחשב כהפרת התחייבויות החברה". משמע, כי איחור מעבר לתקופה זו, הינו בגדר הפרת ההסכם למסירת הדירה... משהופר ההסכם, זכאי המערער לפיצוי מהיום שבו התחייבה המשיבה למסור לו את החזקה... ולא מתום הארכה". באותו ענין ראו גם את [ע"א 1339/97](#) שם טוב נ' עזבון המנוח שדלז מנחם [פורסם בבנו] (מיום 15.9.99). אכן, הלכה פסוקה זו ניתנת להתניה חוזית נוגדת, אולם כאשר התניה כזו נעשית בגדרו של חוזה אחיד היא מקיימת את חזקת הקיפוח הקבועה [בסעיף 6\(4\) לחוק החוזים](#) האחידים. לכן הצענו לצדדים כי הפיצויים ישולמו גם בגין תקופת שלושת חודשי החסד. (ג) במקרה של איחור במסירה העולה על תשעה חודשים, יהיה הקונה זכאי לכל התרופות על פי דין, לרבות ביטול החוזה.

145. להסדר מדורג זה הביעו שני הצדדים את הסכמתם (פרוטוקול מיום 13.10.10 בעמ' 12-13). חרף זאת, בהודעתם המשותפת של הצדדים לבית הדין מיום 28.10.10 נאמר כי למרות ההסכמה שהושגה לא עלה בידם להגיע לנוסח מוסכם של הסעיף. בנסיבות אלה, כאשר הושגה הסכמה מהותית בין הצדדים והקושי נוגע רק לאופן הניסוח, אין מניעה כי אנו נקבע את נוסח הסעיף בהתאם להסכמות שהושגו. בהתאם לכך אנו קובעים את הנוסח הבא:

"במקרה של איחור במסירת הנכס לקונה שלא מן הסיבות המנויות בסעיפים 3.3, 4.4 ו-14.8, יחולו הוראות אלה: לא עלה האיחור על שלושה חודשים ממועד המסירה הצפוי, לא יהיה הקונה זכאי לכל תרופה, כאמור בסעיף 4.3; עמד האיחור על תקופה שבין שלושה חודשים לתשעה חודשים ממועד המסירה הצפוי, יהיה הקונה זכאי לקבל מהחברה במועד המסירה פיצוי חודשי קבוע, מוסכם ומוערך מראש לכל חודש מחודשי האיחור החל ממועד המסירה הצפוי, בסכום הקבוע בסעיף 11 לנספח א', וזו תהיה תרופתו היחידה; עלה האיחור על תשעה חודשים ממועד המסירה הצפוי, יהיה הקונה זכאי לכל התרופות על פי דין, לרבות ביטול ההסכם."

146. במצב דברים רגיל לא היינו רואים מניעה להורות כי נוסח זה, המשקף את ההסכמות שהושגו, יחליף את הנוסח הקיים של סעיף 13.4 להסכם. איננו מורים כן בשל התפתחות חקיקתית שארעה לאחר גיבוש ההסכמות הנ"ל: ביום 6.4.11 נכנס לתוקף תיקון מס' 5 [לחוק המכר](#) (דירות), שהוסיף לחוק את [סעיף 5א](#) העוסק בפיצוי בשל איחור במסירת הדירה. סעיף זה, שכיתר הוראות החוק אינו ניתן להתניה אלא לטובת הקונה, משפר את מצבו של הקונה במספר נקודות (אם כי לא בכולן) בהשוואה למצבו על פי הנוסח שעליו הסכימו הצדדים בפנינו: ראשית, החוק המתוקן קובע סכום מינימום לפיצוי החודשי בגין איחור במסירת הדירה, המוענק לקונה בלא הוכחת נזק, באופן שהוראות ההסכם בדבר פיצויים מוסכמים בגין איחור במסירה מסוגלות רק להוסיף על הסכום הסטטוטורי אך לא לגרוע ממנו. שנית, "תקופת החסד" שלאחריה מתחיל חיובו של המוכר בפיצוי הסטטוטורי הועמדה בחוק המתוקן על 60 ימים ממועד המסירה הקבוע בהסכם, ולא על שלושה חודשים כפי שקובע ההסכם

הנדון לגבי זכותו של הקונה לפיצויים המוסכמים בסכום הקבוע בסעיף 11 לנספח א' שבהסכם. **שלישית**, החוק המתוקן מחייב את המוכר בתשלום הפיצוי הסטטוטורי "**בתום כל חודש בעד אותו חודש**" ואינו מאפשר להותיר את ההתחשבות למועד המסירה בפועל כפי שנקבע בסעיף 13.4 להסכם לגבי הפיצויים המוסכמים.

אך מובן הוא כי הסכמת הצדדים באשר לנוסח סעיף 13.4 כפופה להוראות המאוחרות של החוק המתוקן. אמנם החוק המתוקן אינו מבטל ואינו משנה את הסדר הפיצויים המוסכמים הקבוע בסעיף 13.4 להסכם, אלא מוסיף עליו הסדר החל במקביל, על מנת שהקונה יהיה זכאי ליהנות מההוראה המיטיבה עמו ביותר. יחד עם זאת, מאחר שמדובר בחוזה אחיד, אין מקום להצגת תמונה חלקית בפני הלקוח באשר לתרופות העומדות לרשותו במקרה של איחור במסירה, ויש להביא לידיעתו במסגרת ההסכם גם את ההסדר שנקבע **בסעיף 5א לחוק המכר** (דירות). כמו כן, על מנת לקיים את הסדר הפיצויים המוסכמים (בשינויים עליהם הסכימו הצדדים) לצד ההסדר הכופה שנקבע בחוק המתוקן, יש לשנות את האמור ברישא של סעיף 13.4 להסכם, לפיו במהלך שלושת "חודשי החסד" "**לא יהיה הקונה זכאי לכל תרופה, כאמור בסעיף 4.3**": השלילה הגורפת של "**כל תרופה**" אינה יכולה להיוותר על כנה, שהרי יש בה התניה אסורה על זכותו של הקונה לפי החוק המתוקן לפיצוי סטטוטורי החל מ-60 ימים ממועד המסירה החוזי. תיקון דומה נדרש בנוסח של סעיף 4.3 להסכם. אשר על כן, נכוונתנו לקבל את הסכמות הצדדים לגבי סעיף 13.4 ולהימנע מהתערבות בהן, מניחה כי הנוסח אותו קבענו לעיל בהתאם לאותן הסכמות לא יהווה סוף פסוק אלא יתוקן שוב על ידי המשיבה לשם התאמה לאותן הוראות מבין הוראותיו העדכניות של **חוק המכר** (דירות) המיטיבות עם הקונה.

147. למותר לציין, כי אם דעתה של המשיבה אינה נוחה מהנוסח שקבענו – המשקף כאמור את הצעת בית הדין שהתקבלה בהסכמה על ידי הצדדים – בידיה לבטל לגמרי את סעיף 13.4 (כפי שטענה המשיבה בסיכומיה כי כך היא עשויה לנהוג). במקרה כזה יהיה הקונה זכאי בכל מקרה של איחור העולה על שלושה חודשים לכל התרופות העומדות לטובתו על פי הדין, ועוד קודם לכן – החל מתום 60 ימים ממועד המסירה החוזי – לפיצוי הסטטוטורי בגין איחור במסירה. בעוד שבית הדין מוסמך להורות על ביטול או על שינוי של תנאים מקפחים, אין בסמכותו לכפות על המשיבה להכניס להסכם "תנאים מיטיבים", כגון הסדר של פיצויים מוסכמים המשולמים ללקוח. ייתכן ששלילת הסדר הפיצויים המוסכמים עלולה למנוע מהלקוח הטבה מסוימת, אלא שכפי שזכר הובהר, שלילתה של הטבה זו איננה שקולה כנגד הקיפוח ללקוח הגלום בסעיף בנוסחו הקיים.

סעיף 14.3.2 להסכם – זרישת הכתב לגבי שינויים וויתורים

148. סעיף 14.3.2 להסכם קבע בין היתר: "**לענין הסכם זה לא יהא תוקף לשום ויתור או ארכה או שינוי, אלא אם נעשו בכתב, וזאת למעט אם צוין בהסכם זה מפורשות אחרת**".

149. לכאורה דרישה זו מעוגנת בהוראת **סעיף 80** סיפא **לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני**, לפיו אם מדובר בשינוי החוזה המקורי שנערך בכתב, הוכחת סתירתו תיעשה אף היא בכתב. עם זאת, בפסיקה נקבע כי אירועים שהם חיצוניים לעריכת החוזה ומאוחרים לו אינם באים בדרך כלל לסתור את הנאמר במסמך הכתוב אלא להוסיף עליו, ולכן לא חלה עליהם הוראת **סעיף 80** סיפא **לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני**.

150. מכל מקום, המבקש טען כי סעיף 14.3.2 הינו מקפח וכי יש לסייג את הוראתו כך ששינוי שנהוג לבצעו בעל-פה יהיה בר-תוקף. לטענתו, הנוסח הקיים של הסעיף שולל את אפשרותו של הקונה לפעול בהתאם למצגים שהוצגו בפניו על ידי נציגי המשיבה ככל שהמצגים הללו לא הופיעו בהסכם הכתוב. לדעת המבקש, מתן אפשרות

למשיבה להתכחש לויתורים, ארכות ושינויים שהוסכמו על ידי נציגיה בעל-פה, מקים את חזקות הקיפוח הקבועות [בסעיפים 64\(6\)](#) ו-[84\(8\)](#) [לחוק החוזים](#) האחידים.

151. לעומתו טענה המשיבה, כי בהסכמי מכר מקרקעין אין מקום להכיר בשינוי או ויתור שאינם בכתב, וכי וודאי שזה המצב כאשר הוסכם על כך בחוזה.

152. בדומה לדיוננו לעיל בסעיף 4.4 להסכם, שעסק בסיכול, גם הנושא הנדון בפרק זה מציף הבדל בין גישות סטטיות לגישות דינמיות בדיני החוזים, אף כי בהיבט שונה מן ההיבט שבו עסקנו בסוגיית הסיכול. כזכור, סעיף הסיכול ובעקבותיו דיוננו בסעיף 4.4 להסכם עסקו במקרים בהם הצורך לחרוג מן ההסכם הכתוב קשור בהתרחשותן של נסיבות חיצוניות, שאינן תלויות בצדדים ולא נצפו על ידם. לעומת זאת, סעיף 14.3.2 עוסק בסוג אחר של מקרים, בהם הצורך לחרוג מהוראות ההסכם קשור בטענות לשינויים שאירעו בפרק הזמן שלאחר חתימת ההסכם, בין מכוח הסכמה מאוחרת של הצדדים ובין מכוח התנהגותם.

153. גישות סטטיות נוטות להקפיא את המחויבות המקורית בחוזה, אלא אם כן החוזה שונה בדרך פורמלית. לעומת זאת, על פי הגישות הדינמיות, ראוי במקרים רבים להעדיף את הפרקטיקות שהתפתחו בין הצדדים ואת ההבנות המפורשות והסמויות הנלמדות מהתנהגותם, על פני פנייה דווקנית ללשון החוזה. במשפט הישראלי טרם נערך דיון שיטתי בנושא זה, אולם בעולם הרחב התפתחה תיאוריה המכונה תיאורית "חוזה היחס" הנוטה לגישה דינמית לחוזה. על תיאורית חוזה היחס ראו: I.R. Macneil "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law" 72 *Nw. U. L. Rev.* (1978) 854. מקניל מראה כיצד המחויבות של דיני החוזים המודרניים לרעיון הקלאסי של הסכמה כבסיס החוזה, אינה מאפשרת התאמה אמיתית של החוזה לנסיבות המשתנות ולהסכמות המתפתחות במהלך הזמן בין הצדדים. עוד ראו: שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי: מתווה ראשוני", [קרית המשפט](#) ד 271 (תשס"ד) (להלן – [ליפשיץ החוזה הזוגי](#)).

154. גם בישראל, בכמה פסקי דין שניתנו על ידי בתי המשפט ניתן לחוש במגמה של התחשבות בתיאוריות המודרניות, הנכונות, במקרים מסוימים, להעניק לחוזה ארוך הטווח משמעות דינמית. ראו למשל את [רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרומ הינדה ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב\(4\) 145](#), שם אומצה תיאורית חוזה היחס. ראו גם [רע"א 6072/98 שדמון נ' מדינת ישראל, פ"ד נד\(1\) 519](#), בו התייחס בית המשפט לאומד דעת דינמי של הצדדים לחוזה ארוך הטווח (עם זאת, באותו מקרה נהפכה ההלכה בדיון הנוסף, ראו: [דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון, פ"ד נו\(5\) 643](#)). ראו גם, לאחרונה: [ת"א \(שלום י-ם\) 37002-03-10 המוסד לביטוח לאומי נ' חנין](#) [פורסם בנבו] (מיום 24.3.11).

155. הגישה הדינמית תומכת לכאורה בעמדת המבקש לפיה נכון להכיר בשינוי ההסכם גם כשהשינוי לא נעשה בדרך הפורמלית הכתובה. נוסף לכך ולחזקות הקיפוח שבחוק החוזים האחידים, נסמכת עמדת המבקש על שורת החלטות של בית הדין בהן בוטלו תניות בחוזים אחידים השוללות מהלקוח את האפשרות להסתמך על מצגים, אמירות, ויתורים ושינויים שנעשו לאחר חתימת החוזה על ידי נציגי הספק. ראו למשל, ע"ש [1/95 סלקום ישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה](#), [פורסם בנבו] מיום 23.7.98, פסקאות 8-10; ע"ש [5017/98 מגדל הזהב בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה](#), [פורסם בנבו] מיום 11.12.03, פסקאות 40-43.

156. המשיבה דוחה את הסתמכות המבקש על תקדימים אלו וסבורה כי מאחר שבהסכמי מקרקעין חלה דרישת הכתב, יש מקום לקבוע שכל ויתור או שינוי לא ייעשה אלא בכתב. אכן, בענין [גד](#) (לעיל פסקה 10) נדחה

ערעורו של היועץ המשפטי לממשלה על קביעת בית הדין לחוזים אחידים כי תנאי דומה בחוזה האחיד (שנדון שם) איננו תנאי מקפח. הנשיא שמגר פסק שם :

"מוכן אני לתמוך במגמה של שמירה על ודאות היחסים החוזיים. אכן, יש בהחלפת מסמכים כתובים בין הצדדים כדי לתרום לוודאותו של הקשר החוזי ביניהם. על הקונה לדאוג לכך, ששינויים בחוזה או תוספות לו ייעשו בכתב על-ידי הנהלת החברה, וכל עוד לא אירע כך, אין לדברים המוחלפים בעל-פה תוקף מחייב. קיומו של מסמך בכתב, אשר יעגן שינויים או תיקונים לאחר חתימת החוזה, יקל גם על הוכחתם של עניינים השנויים במחלוקת, אם אלה יתגלו בין הצדדים" (שם, עמ' 208).

על יסוד נימוקים אלה נדחה באותה נקודה ערעורו של היועץ המשפטי לממשלה, שטען להיותו של התנאי מקפח מאחר ש"נשללת מהקונה האפשרות להוכיח שינויים בעל-פה לאחר חתימת החוזה" (שם, עמ' 207).

157. עמדתו האמורה של הנשיא שמגר אומצה לאחרונה גם בענין בנק לאומי (לעיל פסקה 67), שם קבע השופט אלון: "עמדתו האמורה של הנשיא מ' שמגר נמצאת בעיני ראויה והולמת גם בעניין מערכת היחסים שבין בנק ללקוח. מערכת יחסים זו מעוגנת ביסודה בחוזים אשר מטבעם של דברים מפורטים בכתב, דוגמת החוזה האחיד דנן" (פסקה 141). לפיכך, בענין בנק לאומי דחה בית המשפט את דרישת היועץ המשפטי לממשלה לבטל סעיף בחוזה אחיד שקבע כי ויתורים ופשרות מצד הבנק ייערכו בכתב כתנאי לתוקפם.

158. עם זאת, בית המשפט העליון בענין בנק לאומי אבחן בין ויתורים ופשרות שלגיטימי להציב לגביהם דרישת כתב, לבין הסדרים נקודתיים אחרים שלגביהם דרישת כתב המאפשרת התנערות מסיכום בעל-פה היא מקפחת. לכן, מחק בית המשפט העליון באותו ענין את הקטע מתוך הסעיף בו נקבעה דרישת הכתב לא רק לגבי ויתורים ופשרות אלא גם לכל הסדר אחר.

159. בנוסף לכך, ככל שמדובר בהסכמי מקרקעין (בהם עסק בית המשפט העליון בענין גד), חל שינוי דרמטי בפסיקה העוסקת בדרישת הכתב, אף כי לא בהקשר הספציפי של דיני החוזים האחידים. במסגרת זו, בפסק הדין המנחה בע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, קבע בית המשפט העליון שעקרונות תום הלב וביצוע בפועל של החוזה גוברים על דרישת הכתב. ליישום חוזר של הלכה זו ראו לאחרונה ע"א 8234/09 שם טוב נ' פּרץ [פורסם בבנו] (מיום 21.3.11).

160. ריכוך נוסף של הגישה הסטטית הנוקשה, המאפשרת התנכרות לשינויים מאוחרים שנעשו בעל-פה או בהתנהגות, נעשה בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 4946/94 אגברה נ' אגברה, פ"ד מט(2) 508, 514. בית המשפט קבע שם כי בחזרתם של בני זוג שערכו הסכם גירושין לחיות יחדיו יש משום ביטול בהתנהגות של הסכם הממון שערכו, אף שבדרך כלל הסכם ממון, לרבות שינוי הסכם כזה, טעון כתב ואישור בית משפט (לתמיכה בפסק דין זה ולניתוח הגישה הדינמית שהוא משקף, ראו ליפשיץ החוזה הזוגי).

161. על רקע סקירת פסיקה זו והמורכבות העולה ממנה – הנובעת מהרצון להגן על הוודאות החוזית מחד גיסא, לצד הרצון להכיר באופי הדינמי של יחסים חוזיים מתמשכים והחשש שדרישת-כתב "קשוחה" מדי תאפשר לספק להתנער ממצגים והבטחות שנעשו כלפי הלקוח, מאידך גיסא – המלצנו לצדדים להגיע להסדר מוסכם שישקף גישה ביניים, הלוקחת בחשבון את הצורך בוודאות ואת האינטרס של המשיבה להבטיח כי פשרות, הבטחות ושינויים יערכו בכתב, אולם בו בזמן מתחשבת בחשש מפני מצב שבו תוכל המשיבה להתכחש להבטחות ולמצגים מסוימים שנעשו על ידי פקידה או עובדיה.

162. בעקבות הדיון שנערך ביום 13.10.10 הסכימו הצדדים על הנוסח הבא: "לענין הסכם זה לא יהא תוקף לשום ויתור או ארכה או שינוי הנוגעים ללוח התשלומים או למפרט, אלא אם נעשו בכתב, וזאת למעט אם צוין בהסכם זה מפורשות אחרת, וכן למעט שינוי מהמפרט המהווה סטייה קבילה כהגדרתה בסעיף 7 לצו מכר (דירות) (טופס של מפרט), תשל"ד-1974".

163. מבלי לקבוע מסמרות בסוגיה חשובה זו, אנו מקבלים את הנוסח המוסכם, המשיג בנסיבות הענין איזון סביר בין הגישות השונות.

סעיף 14.5 להסכם – סמכות שיפוט מקומית

164. סעיף 14.5 להסכם קובע סמכות שיפוט מקומית בלעדית לבית המשפט בתל-אביב. המבקש טוען כי הסעיף מתנה על [תקנות סדר הדין האזרחי](#), תשמ"ד-1984 (להלן – [תקנות סדר הדין האזרחי](#)), וכי מתקיימת לפיכך חזקת הקיפוח הקבועה [בסעיף 94\(9\) לחוק החוזים](#) האחידים. המשיבה, לעומת זאת, מסתמכת על ההלכה שנקבעה [ברע"א 188/02 מפעל הפיס נ' כהן, פ"ד נו\(4\) 473 \(להלן – ענין מפעל הפיס\)](#). לפי אותה הלכה, המבחן הקובע בשאלת הקיפוח לגבי תניה בדבר סמכות שיפוט מקומית ייחודית, הוא "מבחן ההרתעה מפני מימוש זכויות". דהיינו, אין די בכך שקיימת פגיעה בנוחותו של הלקוח על מנת שתנית השיפוט המקומית תיחשב למקפחת, אלא שומה על הלקוח להוכיח כי מקום השיפוט שנקבע עלול להרתיעו ממימוש זכויותיו, באופן שעלולה להיגרם פגיעה ממשית בזכותו להתדיינות משפטית. עוד נקבע בענין [מפעל הפיס](#), כי מדינת ישראל היא מדינה קטנה בשטחה, כי המרחקים בין עריה אינם גדולים, וכי בהתחשב באמצעי התחבורה הזמינים בעידן בו אנו חיים, קביעת מקום שיפוט במחוז מסוים לא עלולה לגרום בדרך כלל לפגיעה מהותית בזכויותיו הדיוניות של הלקוח.

165. הלכת [מפעל הפיס](#) נקבעה לגבי [סעיף 94\(9\) לחוק החוזים](#) האחידים בנוסחו הקודם. לפי הנוסח הקודם, חזקת הקיפוח התקיימה מקום בו דובר ב"תנאי הקובע מקום שיפוט בלתי סביר...". אולם, לאחר פסק הדין בענין [מפעל הפיס](#) תוקן החוק (תיקון מס' 1 [לחוק החוזים](#) האחידים משנת תשס"ד). הנוסח המתוקן קובע חזקת קיפוח ל"תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך". עיינו הרואות כי במסגרת התיקון הוחלף מבחן הסבירות במבחן הסטייה מהוראות הדין. המשיבה ערה לתיקון החוק, אולם לטענתה גם כיום, למרות השינוי החקיקתי, המבחן לבדיקת שאלת הקיפוח בתנית מקום שיפוט נותר על כנו: דהיינו, האם יש בתניה כדי להרתיע את בעל הדין מלממש את זכויותיו. טענה זו אין בידנו לקבל. פרשנות כזו של הסעיף עלולה לסכל את המטרה שעמדה לנגד עיני המחוקק בתיקון החוק (ראו פרוטוקול מס' 227 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 27.5.04, שם צוין במפורש כי השינוי החקיקתי נועד להתגבר על הקושי שיצרו המבחנים שנקבעו בפסיקה לבחינתה של סבירות ההתניה). החוק קובע כיום בבירור, כי די בעובדה שהסעיף החוזי סוטה מכללי הסמכות המקומית הקבועים בדין, על מנת להקים את חזקת הקיפוח. בלשונה של השופטת ארבל: "בעבר, החזקה היתה קיימת כאשר מקום השיפוט היה בלתי סביר, והיום, כל תנית שיפוט חזקה שהיא מקפחת" [\(רע"א 8713/06 ברוך נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ, \[פורסם בנבו\] מיום 12.6.08\)](#). משעה שמתקיימת החזקה עובר הנטל אל הספק, לנסות ולהוכיח כי בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות האחרות, התנאי אינו מקפח (ראו [רע"א 1108/10 מאיר חברה למכונות ומשאיות בע"מ נ' ברפי, \[פורסם בנבו\] מיום 7.4.10, בפסקאות 6-7](#); [ח"א 701/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' חברת מוסף המכרז של המדינה בע"מ, \[פורסם בנבו\] מיום 12.8.07, בפסקאות 75-77](#); ענין [הבנק הבינלאומי, בפסקאות 323-332](#)).

166. אכן, גם כאשר החוזה מתנה על מקום השיפוט הקבוע בדין ומתקיימת, לפיכך, חזקת הקיפוח [שבסעיף 94\(9\) לחוק החוזים](#) האחידים, עדיין יכול הספק לנסות ולהפריך את החזקה, אם יוכיח כי בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות האחרות מקום השיפוט הייחודי שנקבע איננו מקפח. כך, למשל, נפסק על ידי בית המשפט העליון בענין [בנק לאומי](#), כי תנית השיפוט שנקבעה על ידי הבנק איננה מקפחת, למרות שהייתה בה התניה מסוימת על מקום השיפוט הקבוע בדין. בית המשפט שוכנע כי חזקת הקיפוח נסתרה באותו מקרה, בין היתר, מהסיבות הבאות: ראשית, הבנק לא קבע באופן שרירותי בית משפט אחד ספציפי כמקום השיפוט הייחודי, אלא נקבע שמקום השיפוט יהיה במקום הקרוב לסניף הבנק בו מתנהל חשבון הלקוח. זוהי קביעה סבירה שכן ברור כי קיימת זיקה הדוקה בין מקום השיפוט לבין המקום בו מנהלים הבנק והלקוח את התקשרותם, לאמור – מקום סניף הבנק. שנית, ברובם של המקרים, ניהול ההליך המשפטי בין הבנק לבין הלקוח בבית המשפט הסמוך לסניף בו מתנהל החשבון מהווה את החלופה הנוחה והיעילה ביותר הן עבור הלקוח והן עבור הבנק. שלישית, קביעת מקום השיפוט בדרך זו עולה בקנה אחד עם ארבע מתוך חמש החלופות למקום השיפוט הקבועות [בתקנה 3\(א\) לתקנות סדר הדין האזרחי](#): בדרך כלל הסניף בו מנהל הלקוח את חשבונו נמצא בעיר מגוריו או במקום ניהול עסקו; זהו גם מקום יצירת ההתחייבות של הלקוח; וזה אף המקום שנועד לקיום ההתחייבות או מקום המעשה או המחדל שבשלו תובעים, כאמור בסעיפים-קטנים 1, 2, 3 ו-5 [לתקנה 3\(א\)](#) הנ"ל. רביעית, אין במקום השיפוט שנקבע כדי להרתיע את הלקוח מפני מימוש זכויותיו וגם אין בכך פגיעה בנוחותו של הלקוח. בית המשפט העליון הדגיש כי המבחן לקיומו של תנאי מקפח איננו מבחן טכני צר, אלא קשור הוא בטבורו, כנאמר [בסעיף 3 לחוק החוזים](#) האחידים, למכלול תנאי החוזה ולנסיבות האחרות. לפיכך נקבע כי תנית השיפוט שנדונה באותו מקרה הייתה סבירה ולגיטימית, וכי לא היה מקום לראות בה, בבחינת מכלול הנסיבות, משום "יתרון בלתי הוגן של הספק" או משום "קיפוח לקוחות", וכי לאור זאת חזקת הקיפוח [שבסעיף 94\(9\)](#) לחוק, גם לאחר תיקונה בתשס"ד, נסתרה כדבעי.

167. לא כך בעניינו. כאן קובע סעיף 14.5 להסכם סמכות שיפוט אחת ויחידה לבית המשפט בתל-אביב, למרות שיתכן כי ההסכם נעדר כל זיקה מהותית לעיר תל-אביב (למעט נוחותה של המשיבה עצמה). טלו למשל מקרה בו מדובר במכירת דירה במסגרת פרויקט שנבנה על ידי המשיבה בנצרת, כאשר מקום חתימת ההסכם על ידי הקונה אף הוא בנצרת ומקום מגוריו של הקונה אף הוא בנצרת. במקרה כזה, אם מעוניינת המשיבה להגיש תביעה נגד הקונה, ברי כי לא מתקיימת ולו גם חלופה אחת שבדין המקנה סמכות שיפוט מקומית לבית המשפט בתל-אביב. הסיבה היחידה לבחירת מקום שיפוט זה – חרף העדר כל זיקה של ממש למקום השיפוט האמור – היא נוחותה של המשיבה (ככל הנראה משום שמשרדיה מצויים בעיר תל-אביב), וזאת תוך פגיעה משמעותית בנוחותו של הקונה. גם כאשר הקונה, במקרה המתואר, יבקש לתבוע את המשיבה, לא תהיה הצדקה לאלץ אותו להיטלטל לתל-אביב לשם ניהול תביעתו, שהרי הרוב המכריע של החלופות הקבועות בדין (פרט למקום ניהול עסקי הנתבעת) מקנה את הסמכות לבית המשפט בעיר נצרת, בה נחתם ההסכם ובה מצויה הדירה נשואת ההתחייבויות שקיבלה המשיבה על עצמה בהסכם.

168. המשיבה טוענת כי העיר תל-אביב היא מקום מרכזי וכי אין מדובר במקום נידח או מרוחק במיוחד, ולכן קשה לטעון כי קביעת מקום השיפוט בתל-אביב עלולה להרתיע תובע כלשהו ממימוש זכויותיו. כאמור, בעקבות תיקון תשס"ד קובע [חוק החוזים](#) האחידים חזקת קיפוח מקום בו קיימת התניה על מקום השיפוט הקבוע בדין. בעניינו מתקיימת חזקה זו. משכך, הנטל הוא על המשיבה לסתור את החזקה, בשים לב למכלול תנאי החוזה והנסיבות. המשיבה אינה יכולה להסתפק עוד – כבעבר – בטענה כי מקום השיפוט שנקבע אין בו כדי להרתיע את הלקוחות ממימוש זכויותיהם המשפטיות, שאם לא תאמר כן, יהיה בכך לעקר מכל משמעות את התיקון שנעשה בחוק. כיום, הן מבחן ההרתעה ממימוש זכויות והן מבחן הנוחות עשויים להיות עדיין רלבנטיים, כמבחיני עזר,

אלא שבניגוד לעבר הם אינם אלא חלק ממכלול שלם של שיקולים אותם יש להביא בחשבון על מנת לקבוע האם עלה בידי הספק להרים את הנטל לסתירת חזקת הקיפוח (ענין בנק לאומי, בפסקה 127; רע"א 1108/10, לעיל, בפסקה 7). עצם העובדה שאין במקום השיפוט שנקבע כדי להרתיע את הלקוחות, כשלעצמה, לא יהיה בה די בדרך כלל על מנת לסתור את חזקת הקיפוח, אלא אם כן נלווים לה שיקולים נוספים העשויים להצדיק את ההתניה על הוראות הדין בענין מקום השיפוט, כפי שארע, לדוגמה, בענין בנק לאומי. בענינו לא הרימה המשיבה את הנטל לסתור את החזקה.

169. לאור האמור, אנו קובעים כי סעיף 14.5 להסכם הוא מקפח ומורים על ביטולו.

סעיף 14.7 להסכם – תוקפם של מצגים טרום-חוזיים

170. סעיף 14.7 להסכם קבע בתחילה:

"מוסכם בזאת כי תנאי הסכם זה משקפים במלואם את המוסכם והמותנה בין הצדדים בכל הקשור ברכישת הנכס וכל הנובע מכך וכי הקונה רוכש את הנכס אך ורק בהסתמך על האמור בהסכם זה וכי כל פרוספקט, פרסום, הצהרה, מצג, זכרון דברים או התחייבות בע"פ או בכתב שנעשו, אם בכלל, לפני חתימת הסכם זה ושלא נכללו במפורש בהסכם או צורפו כנספח לו יהיו בטלים ומבוטלים, לא יהיה להם כל תוקף משפטי ולא יחייבו את הצדדים או מי מהם באופן כלשהו והקונה לא יהיה רשאי להסתמך עליהם והוא מוותר על כל טענה ו/או דרישה כלפי החברה בקשר לכך. למען הסר ספק מובהר בזאת כי אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכויות הקונה על פי דין בעניין זה".

171. המבקש טען כי סעיף זה הוא מקפח. במהלך הדיון מיום 13.10.10 הסכימו הצדדים לקבל את הצעת בית הדין לגבי האופן שבו יש לתקן את הסעיף ולנסחו מחדש. הסכמה זו מייצרת את הצורך בהתערבות בית הדין בנוסח הסעיף; ובכך יכולנו לסיים את הדיון בו. עם זאת, מדובר בסעיף נפוץ בחוזים למכר דירות. לאור זאת מצאנו לנכון להוסיף דברים אחדים אודות הקיפוח שהיה טמון, לדעתנו, בנוסח המקורי של הסעיף ואודות השיקולים שעמדו ביסוד הצעת הנוסח המתוקן.

172. בבקשה לביטול הסעיף העלה המבקש שתי טענות מרכזיות: ראשית, על פי פסיקת בית המשפט העליון ישנם מצבים בהם מצגים חוץ-חוזיים, לרבות כאלה שנעשו בפרוספקטים, הופכים לחלק מתנאי החוזה. לכן הוראת הסעיף פוגעת בזכויות החוזיות של הקונה. שנית, על פי הפסיקה לא ניתן לשלול בתניה חוזית בכלל, ובהתקשרות בחוזה אחיד במיוחד, עילות הנוגעות לשלב הטרם-חוזי, ובכללן הטעיה, תרמית, חוסר תום-לב ועילות צרכניות. על כן סבר המבקש כי מדובר במקרה מובהק המקיים את חזקות הקיפוח שבחוק החוזים האחידים: החזקה הקבועה בסעיף 4(1) – תנאי המגביל אחריות המוטלת על הספק על פי דין; החזקה הקבועה בסעיף 4(6) – תנאי השולל או מגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין; וכן החזקה הקבועה בסעיף 4(8) לחוק – תנאי המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות שונות בערכאות משפטיות.

173. המשיבה, לעומת זאת, סברה כי לגיטימי לרכז את כל ההסכמות שבין הצדדים במסמך אחד, הוא החוזה המחייב. באופן ספציפי גרסה המשיבה, כי במקרים בהם קיים מפרט טכני, הרי שהוא מחליף את הפרוספקטים הקודמים, שלא נמסרו לקונה אלא לשם הדגמה. עוד סברה המשיבה, כי די להוסיף לסעיף פסקה, לפיה אין באמור בו כדי לפגוע בזכויות הקונה על פי דין, ובכך לשמור על זכויותיו לגבי העילות הטרם-חוזיות (כגון הטעיה, תרמית וכיו"ב).

174. סעיף 14.7 להסכם וסוגיית מעמדם של פרוספקטים ומצגים באופן כללי, מעוררים שתי שאלות משפטיות, שבסיכומי הצדדים התערבבו לעיתים זו בזו. ראשית, יש לשאול האם פרוספקטים ומצגים טרום-חוויים יכול שיהיו חלק מן ההתחייבויות החוזיות; ואם הדבר כך – האם שלילת מעמדם כחלק מהחווה מהווה קיפוח. שנית, יש לשאול האם פרוספקטים ומצגים טרום-חוויים עשויים להקים עילות טרום-חווייות, כגון הטעיה, חוסר תום-לב במשא-ומתן, מצג שווא רשלני וכיו"ב; ואם אכן כך – האם ניתן להקנות לספק פטור מפני עילות אלו באמצעות הוראה בחווה אחיד דוגמת סעיף 14.7, הקובע כי אין להסתמך על פרוספקטים ומצגים טרום-חוויים. נדון בשתי השאלות הללו כסדרן.

שילובם של פרוספקטים ומצגים טרום-חוויים במערכת החוזית

175. בעקרון, הפסיקה והספרות מכירות בצורך לרכז את כלל התחייבות הצדדים במסגרת אחת. עמד על כך השופט זוסמן בע"א 22/63 בן ציון נ' אזולאי, פ"ד יז 1410, 1416: "פסול הראיה נובע מן העובדה, כי דרך הבריות להרבות בדברים במשא-ומתן קודם עשיית המסמך, אך רק מה שהוסכם בפועל עולה על כתב, ומה שלא נרשם במסמך, אות הוא שאינו חלק מן התניות המוסכמות, שאילו היה, היה אף הוא מוצא את מקומו בין שאר הדברים שזכרם בא במסמך". בהקשר של דיני החוזים האחידים, ראו את ענין ג, שאף בו פסק בית המשפט העליון (בעמ' 207-208) שתניה הקובעת כי הוראות ההסכם ממצות את ההתחייבויות החוזיות של הצדדים איננה מקפחת. ברם, בניגוד לגישה הרואה בחווה המכר את חזות הכל, בע"א 6025/92 צמיתות (81) בע"מ נ' חרושת חומר בע"מ, פ"ד נ(1) 826, חידש בית המשפט כי גם פרוספקטים ומצגים נוספים שהוצגו על ידי המוכר קודם לכריתת החווה יכול שיהיו תניה חוזית מחייבת. הרציו בענין צמיתות יושם גם בע"א 6271/95 אדוניהו נ' פרויקט גן העיר בע"מ, פ"ד נה(1) 577. ברע"א 478/01 שטרית נ' אחים שרבט חברה לבנין בע"מ, פ"ד נו(5) 462, 473-472 (להלן – ענין שטרית), ביקש בית המשפט ליישב בין הלכת צמיתות לבין ההלכות הרואות בחווה הסופי כממצה את מחויבויות הצדדים. נקבע כי בענין צמיתות פירוט שטחי הדירות הופיע רק בפרוספקט עליו הסתמכו הדיירים בבואם לרכוש את הדירות, ולא נמסרו להם נתונים אחרים על שטחי הדירות כפי שהייתה חובה על הקבלן לעשות על פי חוק המכר (דירות). משלא צוין בחווה שטח שונה מהשטח שצוין בפרוספקט, הפך המצג שבפרוספקט לחלק מן התנאים המוסכמים. המסקנה העולה מכך היא, שבמקרים בהם הפרוספקט עוסק בנושאים אשר לגביהם שותקים המפרט והחווה, כי אז עשוי להיות למצג שבפרוספקט תוקף מחייב. ברוח דומה נקבע בע"א 5602/03 סגל נ' שיכון ופתוח לישראל בע"מ [פורסם בנבו] (מיום 28.2.05, בפסקה 6; להלן – ענין סגל): "מקובלת עלי העמדה לפיה מקום שמצוינים בחווה מימדי הדירה יש לראות את הדייר כמי שהסתמך על האמור בחווה, כאשר המפרט הינו חלק מחווה זה, ואין לראותו כמי שהסתמך על האמור בפרוספקט חיצוני לחווה. אכן, במידה שהמקור היחידי ממנו ניתן ללמוד על מידותיה של הדירה הוא פרוספקט חיצוני לחווה, ולא ניתן לאתרן בחווה המכר על נספחיו וחלקיו השונים, אפשר שפני הדברים יהיו שונים". ברוח זו נקבע גם בע"א 7298/00 בסט נ' חממי [פורסם בנבו] (מיום 4.9.07) כי המוכרים הפרו את החווה בכך שמסרו דירות הקטנות בשטחן מאלה שהובטחו בפרסומים השונים אודות הפרויקט. בית המשפט עמד על כך שעל מנת לסטות מן הפרסומים המוקדמים חובתם של המוכרים הייתה לפרסם את מידות הנכס ולצרף תוכנית. צירוף תשריט ללא מידות "אינו מספיק לענין גילוי נאות של שטח הדירה". לסיכום ויישום ההלכות הללו ראו: ע"א 8949/07 י.ר. אחים עזרא חברה לבנין בע"מ נ' זאב [פורסם בנבו] (מיום 18.11.09, בפסקאות 6-7).

176. הנה כי כן, חרף עקרון בלעדיות החווה, כאשר החווה על נספחיו לא הכיל את המידע הנדרש לקונים, ייחסה הפסיקה לפרוספקטים ולמצגים הטרם-חוויים תוקף חוזי ממש. מסקנה דומה עשויה לעלות אף מהוראת סעיף 11(4) לחוק המכר, תשכ"ח-1968. הסעיף קובע כי מתקיימת אי-התאמה (משמע, הפרה של החווה), כאשר נמסר "נכס שמבחינת סוגו, תיאורו, איכותו או תכונותיו אינו מתאים לדגם או לדוגמה שהוצגו לקונה, זולת אם

הוצגו ללא קבלת אחריות להתאמה". הוראה זו באשר "לדגם או לדוגמה" עשויה לחול גם על פרוספקט של דירה (ע"א 5888/08 אלרומלי נ' החברה הכלכלית לפיתוח רהט בע"מ, [פורסם בנבו] מיום 3.2.11, בפסקה 31). משמע, שהחוק קובע כי מצג טרום-חוזי שהוצג בפני הקונה במהלך המשא-ומתן, באמצעות הפרוספקט (שדינו כדין דגם או דוגמה), הופך, למעשה, לחלק מהמחויבות החוזית של המוכר, אלא אם כן המצג היה ללא קבלת אחריות להתאמה. לאור זאת אנו סבורים שהסעיף בהסכם הקובע שלילה מוחלטת של תוקף חוזי של מצגים ופרוספקטים, גם במצבים בהם החוזה אינו כולל מידע מספק בדבר פרטי הדירה, אינו מתיישב עם הדין הקיים ומשום כך מתקיימות בו חזקות הקיפוח המנויות [\(בסעיפים 1\)4 \(6\)4](#) ו-[\(8\)4](#) לחוק החוזים האחידים.

משמעותם של פרוספקטים ומצגים לגבי עילות טרום-חוזיות

177. לצד נכונות הפסיקה לשלול את תוקפם החוזי של מצגים ופרוספקטים שהוצגו בפני הקונה (כאשר החוזה עצמו קבע הסדרים מפורטים באותם נושאים), עמדה הפסיקה על מעמד הפרוספקטים הללו כמצג טרום-חוזי, שיכול לשמש בסיס לעילות משפטיות טרום-חוזיות כגון חוסר תום-לב במשא-ומתן, הטעיה, תרמית ומצג שווא רשלני, וזאת אפילו במקרים בהם הפרוספקטים הללו לא נחשבים לחלק מן החוזה. כך למשל, בענין [סגל](#) לא התקבלה הטענה לפיה תנאי הפרוספקט הם תנאים מחייבים במקרה בו השטח שהובטח בפרוספקט היה שונה מהשטח על פי התשריט. למרות זאת קבע בית המשפט, כי לנוכח ההטעיה שבדבר יש לקבל את הטענה של חוסר תום-לב במשא-ומתן לכריתת חוזה. האפשרות לתבוע בשל המצגים הטרם-חוזיים שנכללו בפרוספקט, גם אם הללו לא נכללו בחוזה, הוכרה גם בענין [שטרית](#) (בעמ' 473).

178. לפיכך לא ייפלא כי הפסיקה העוסקת בחוזים אחידים, לרבות הפסיקה שאשרה בחוזים כאלה תניות הקובעות כי המחויבות החוזיות של הצדדים אינן כוללות פרוספקטים ומצגים שלא צורפו לחוזה, עמדה על כך שלא ניתן לשלול בחוזה אחיד עילות תביעה בגין מצגים טרום-חוזיים. כך למשל, בענין [גד](#), לאחר שבית המשפט העליון נתן תוקף להסדרים הקובעים כי הוראות החוזה ממצות את מחויבות הצדדים (וזאת מתוך רצון להגן על ודאות היחסים החוזיים), הוסיף בית המשפט וקבע (בעמ' 208):

"דא עקא, אין בכל האמור לעיל כדי להצדיק שלילתן של עילות בנזיקים ואחרות בנוגע לשלב הטרם חוזי. כפי שצוין בצדק בסיכום טענות המערער, יש בסעיף 27 הנ"ל כדי לשלול מן הקונה את האפשרות להוכיח, כי התקשר בחוזה על סמך מצג של המשיבים. כך נשללת ממנו, למשל, העילה של הטעיה על-פי סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ואולי עולים הדברים גם כדי התניה על חובת תום הלב הקבועה בסעיף 12 לחוק הנ"ל. עוד נראה, כי יש בהוראה הנ"ל כדי שלילת האפשרות לטעון לקיום עוולת התרמית על-פי [פקודת הנזיקין](#) [נוסח חדש]... כמו כן, נשללות על-פי הסיפא האמור גם העילות הצרכניות הספציפיות המעוגנות [בחוק הגנת הצרכן](#), תשמ"א-1981 (במיוחד סעיפים 31 ו-32). לכל אלה, כאמור, לא מצאנו הצדקה – לא בנימוק שהעלו המשיבים בדבר ודאות היחסים המשפטיים ביניהם, וגם לא בנימוק אחר כלשהו".

לאור זאת פסל בית המשפט סעיפים בחוזה האחיד שפורשו כפוגעים באחריות המוכר למצגים טרום-חוזיים שהציג. ברוח זו ראו גם [ו"ע 2030/01 איתוראן איתור ושליטה בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה](#) [פורסם בנבו] (מיום 26.1.04). באותו ענין קבע בית הדין, בהקשר דומה למקרה דנן, כי: **"חלק זה של הסעיף עשוי להתפרש באופן שהחוזה גובר גם על עילות חוץ חוזיות, שמקורן במצגי שווא, תרמית הטעיה וחוסר תום לב, פרשנות אשר... מקימה חזקת קיפוח"** (שם, בפסקה 27).

179. מהאמור עולה, כי הוראות סעיף 14.7 להסכם כפי ניסוחו המקורי, חרגו מהוראות הדין הכללי בשני היבטים: ראשית, הכלל הגורף ששלל את תוקף המצגים והפרוספקטים אינו מתיישב עם ההלכה הפסוקה, לפיה יש תוקף חוזי למצגים כאלה במקרה שבו החוזה על נספחיו (המפרט והתשריט) אינם כוללים נתונים הנדרשים

לקונה. שנית, גם כאשר המצגים והפרוספקטים אינם חלק מהחוויה, עדיין יש להם משמעות משפטית חשובה בהיותם בסיס אפשרי לתביעות המבוססות על עילות טרום-חוזיות. לפיכך הצענו לצדדים לשנות את נוסחו של הסעיף כדלקמן:

"מוסכם בזאת כי תנאי הסכם זה משקפים במלואם את המוסכם והמותנה בין הצדדים בכל הקשור ברכישת הנכס וכל הנובע מכך וכי כל פרוספקט, פרסום, הצהרה, מצג, זכרון דברים או התחייבות בע"פ או בכתב שנעשו, אם בכלל, לפני חתימת הסכם זה ושלא נכללו במפורש בהסכם או צורפו כנספח לו, לא יהיו חלק מההסכם. אין בכך כדי לשלול מהקונה טענה הנוגעת למקרה בו יהיו חסרים בהסכם פרטים שחלה על החברה חובה לצייןם על פי דין. למען הסר ספק, מובהר בזאת כי אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מזכויות הקונה על פי דין בנוגע למצגים ככל שהוצגו בפניו לפני חתימת ההסכם".

כאמור, הצדדים הסכימו לקבל את הצעת בית הדין, והסכמה זו מניחה את דעתנו.

סעיף 14.11 להסכם – התליית תוקף ההסכם באישור הנהלת המשיבה

180. סעיף 14.11 התלה בשעתו את כניסתו לתוקף של ההסכם שנחתם, באישור הנהלת המשיבה. המבקש טען בבקשת הביטול כי אין לאשר התליה כאמור של ההסכם, מכיוון שזו מקימה חזקת קיפוח בהתאם [לסעיף 4\(2\) לחוק החוזים](#) האחידים.

181. המשיבה טענה, לעומת זאת, לזכותה של הנהלתה לשמר בידיה את השליטה בעסקאות אותן עורכת המשיבה, מבלי שהסיבות לכך יהיו מענינו של הקונה.

182. במהלך הדיון שהתקיים בבית הדין ביום 11.10.09 הגיעו הצדדים לידי הסכמה שהשמיטה את הדרישה לאישור הנהלת המשיבה כתנאי לכניסת ההסכם לתוקף. בהתאם לכך הוסכם על שינוי הנוסח של סעיף 14.11 לנוסח הבא:

"הסכם זה יכנס לתוקפו רק לאחר חתימתו על ידי החברה, ולאחר חתימה כאמור – פרעון הסכום אשר על פי סעיף 5.1 לנספח א' אמור להשתלם במעמד חתימת הסכם זה, ובלבד שסכום זה ישולם לא יאוחר משלושה ימים לאחר המועד הנקוב בסעיף 5.1 הנ"ל".

183. כזכור, לעיל (בפסקאות 33-36) הורינו על ביטול סעיף 13 לזכרון הדברים, המתנה את תוקף זכרון הדברים באישור הנהלת המשיבה, תוך מתן אפשרות למשיבה לנסח את הסעיף מחדש באופן שיסיר את הקיפוח. ויתור המשיבה על אותו תנאי בסעיף 14.11 להסכם, ייתר התערבות דומה של בית הדין בסעיף זה.

תחולת פסק הדין על הסכמים שנכרתו בעבר

184. המבקש טוען כי יש להחיל את הוראות פסק הדין גם על הסכמים שנכרתו קודם לנתינתו וטרם בוצעו במלואם, וזאת בהתאם להוראת [סעיף 18\(ב\) לחוק החוזים](#) האחידים. בנוסף טוען המבקש, כי יש לקבוע תחולה רטרואקטיבית גם לגבי שינויים בהסכם הנובעים מההסכמות אליהן הגיעו הצדדים במהלך ניהול התיק.

185. המשיבה טוענת מנגד, כי החלה רטרואקטיבית תפגע פגיעה קשה בזכויותיה, מכיוון שהיא תמחרה את ההסכמים שכבר נחתמו על פי תנאיהם המקוריים. עוד טוענת המשיבה, כי אין כל בסיס חוקי להחלה רטרואקטיבית של השינויים בהסכם הנובעים מההסכמות אליהן הגיעו הצדדים עצמם.

186. נתייחס תחילה בקצרה למחלוקת שנתגלעה בין הצדדים בשאלת סמכות בית הדין לקבוע תחולה רטרואספקטיבית להסכמות שהושגו ביניהם (להבדיל מתנאים מקפחים שבוטלו או שונו על ידי בית הדין). הוראת החוק הרלבנטית מצויה [בסעיף 18 לחוק החוזים](#) האחידים:

"(א) **תנאי שבית הדין ביטל ייחשב כבטל בכל חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד אחרי מועד החלטת בית הדין; תנאי שבית הדין שינה יחול כפי ששונה בכל חוזה כאמור.**
(ב) **בית הדין רשאי להחיל את הביטול או את השינוי גם על חוזים שנכרתו לפני מועד מתן ההחלטה ואשר טרם בוצעו במלואם ורשאי הוא לקבוע תנאים לכך, ובלבד שביטול או שינוי כאמור לא יחולו על מה שבוצע לפי החוזה לפני יום מתן ההחלטה."**

אמנם הוראה זו מתייחסת על פי לשונה ל"תנאי שבית הדין ביטל" ול"תנאי שבית הדין שינה". עם זאת, עמדתנו היא שמקום בו בית הדין מתבקש על ידי הצדדים לכבד הסכמות אליהן הגיעו, וככל שאותן הסכמות מתייחסות לתניות שנכללו בבקשה לביטול תנאים מקפחים באופן שתודות להסכמות נמנעה התערבות של בית הדין באותן תניות, הרי שיש לראות את ההסכמות לכל דבר וענין כחלק מהחלטת בית הדין, הרשאי לפיכך להפעיל לגביהן, במקרים המתאימים, את סמכותו על פי [סעיף 18\(ב\)](#) לחוק. כמובן שבעשותו כן על בית הדין להתחשב בעובדה שהשינויים הללו הנם פרי של הסכמה בין הצדדים, וכמו כן עליו לשקול את מהות ההסכמות והיקפן. כך, למשל, אם הסכמות הצדדים כוללות גם הסכמה בסוגיית התחולה הרטרואספקטיבית עצמה (משמע, הצדדים הסכימו לא רק על מהות השינוי בחוזה האחיד אלא גם על תחולה או העדר תחולה רטרואספקטיבית של אותו שינוי) כי אז יטה בית הדין בדרך כלל לכבד את הסכמתם. עם זאת, כפי שהבהיר בית הדין בפסיקה קודמת, אין הוא מחויב בכל מקרה לכבד את הסכמות הצדדים: "... **בית הדין לחוזים אחידים נותן משקל נכבד להסכמות הצדדים, אולם במקרים מתאימים עשוי הוא למלא תפקיד שיפוטי בעל אופי אקטיבי יותר מאשר בהליך אינדיבידואלי רגיל. אנו סבורים כי הדבר מתחייב הן מאופיו המיוחד של ההליך והן ממטרתו של [חוק החוזים](#) האחידים...**" (ענין [הבנק הבינלאומי](#), פסקאות 23-31).

187. עלינו להכריע לפיכך בשאלה, האם יש מקום לקבוע בענינו תחולה רטרואספקטיבית לגבי התנאים השונים (או חלקם) שבוטלו או שונו, הן על ידי בית הדין והן במסגרת ההסכמות שהושגו בין הצדדים. [סעיף 18\(ב\)](#) לחוק [החוזים](#) האחידים, המקנה לבית הדין את הסמכות להחיל את הביטול או את השינוי של תנאי מקפח גם על חוזים שנכרתו לפני מועד מתן ההחלטה וטרם בוצעו במלואם, אינו מבהיר מהם השיקולים שעל בית הדין לשקול בהקשר זה. נקודת המוצא של החוק (כאמור [בסעיף 18\(א\)](#) שבו) היא שהחלטות בית הדין יחולו רק על חוזים שנכרתו לאחר מועד מתן ההחלטה. במאמר מוסגר יצוין כי מצב זה עשוי להשתנות בעתיד. בפרק החוזים האחידים שבהצעת חוק דיני ממונות (לעיל פסקה 66) מוצע לתקן את [סעיף 18](#) לחוק, כך שביטול או שינוי של תנאי מקפח על ידי בית הדין יחול בדרך כלל גם על חוזים שנכרתו לפני מתן ההחלטה, בעוד החריג לכך תהיה סמכותו של בית הדין לקבוע כי הביטול או השינוי יחולו רק על חוזים שייכרתו לאחר מתן ההחלטה. הנה כי כן, בעתיד נקודת המוצא עשויה להיות הפוכה לזו הנוהגת כיום. מכל מקום, אנו פועלים במסגרתו של החוק הקיים, לפיו הכלל הוא העדר תחולה על חוזים שנכרתו בעבר. עם זאת, בית הדין רשאי לקבוע תחולה רטרואספקטיבית בהתאם [לסעיף 18\(ב\)](#) לחוק. הסעיף אינו מחייב קיומם של "טעמים מיוחדים" להפעלת החלופה הקבועה בו, אלא מותיר זאת לשיקול דעתו של בית הדין. מהן אמנות המידה להפעלת שיקול דעת זה?

כפי שנקבע בפסיקה קודמת של בית הדין (ראו [ח"א 2016/01](#) גרנות אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ נ' [מינהל מקרקעי ישראל](#), [פורסם בנבו] מיום 28.12.10), בהפעילו את שיקול דעתו, על בית הדין לשקול זו מול זו שתי פגיעות אפשריות: מהצד האחד מונחת על כפות המאזניים הפגיעה הצפויה באינטרס ההסתמכות של הספק אם בית הדין יורה על תחולה רטרואספקטיבית. מן הצד האחר מונחת הפגיעה הצפויה בציבור הלקוחות, שבחוזיהם

ימשיכו להתקיים תנאים מקפחים בהעדר תחולה רטרוספקטיבית של פסק הדין (להלן – **לקוחות העבר**). אם הפגיעה הצפויה באינטרס ההסתמכות של הספק (כתוצאה מהפעלת **סעיף 18(ב)** לחוק) עולה על הפגיעה הצפויה באינטרס של לקוחות העבר (כתוצאה מהימנעות בית הדין מהפעלת הסעיף האמור), כי אז ייטה בית הדין להימנע מהפעלת הסמכות הנתונה לו **בסעיף 18(ב)**. אם, לעומת זאת, מתקיים מצב דברים הפוך, לפיו הפגיעה הצפויה בלקוחות העבר חמורה יותר, אזי ייטה בית הדין לפעול בהתאם **לסעיף 18(ב)**. אם סבור בית הדין כי כפות המאזניים מאוזנות, נראה כי יגבר ההסדר הקבוע **בסעיף 18(א)** לחוק, בהיותו ברירת המחדל. הקביעה איזו משתי הפגיעות חמורה יותר, מחייבת לבחון את כלל הנסיבות הרלבנטיות למקרה הנדון, ופעמים שהיא מצריכה גם בירור עובדתי. במסגרת זאת יתחשב בית הדין, בין היתר, בשיקולים הבאים:

(א) מהות התנאים שבוטלו או שונו בפסק הדין וחומרת הקיפוח שנתגלה בהם. ברור כי ככל שחומרת הקיפוח רבה יותר, כך גדולה יותר הפגיעה הצפויה בלקוחות העבר שבחזיהם יעמוד הקיפוח בעינו.

(ב) המשמעות הכלכלית העשויה לנבוע מביטול או שינוי התנאים עבור הספק. ישנם מקרים בהם המשמעות הכלכלית הנגזרת מהביטול או השינוי עשויה להיות שולית, בעוד שבמקרים אחרים היא עשויה להטיל על הספק סיכון כלכלי משמעותי. ככל שהמשמעות הכלכלית הנגזרת מביטול התנאים או משינויים כבדה יותר עבור הספק, כך הפגיעה הצפויה באינטרס ההסתמכות שלו תהיה גדולה יותר.

(ג) היקף לקוחות העבר. הדבר תלוי, בין היתר, במהות עסקו של הספק ובהיקפו, כמו גם בסוג החוזה העומד לדיון וב"אורך החיים" הממוצע שלו. ככל שמדובר בחוזה ארוך טווח, יש להניח כי היקף לקוחות העבר שחזיהם עדיין מתבצעים יהיה גדול יותר.

(ד) אורך חיי החוזה עשוי להילקח בחשבון בהיבט נוסף. ככל שמדובר בחוזים הנמשכים זמן רב יותר, כך הימנעות מהחלה רטרוספקטיבית עלולה להביא למצב שבו חוזים ובהם תנאים מקפחים ימשיכו "לשרוד" עוד זמן רב לאחר מתן פסק הדין, תוך פגיעה מתמשכת וארוכת טווח בלקוחות העבר (ראו ענין הבנק הבינלאומי, בפסקאות 35-39; ח"א 8006/02 טלקום זהב 2001 (שותפות מוגבלת) נ' היועץ המשפטי לממשלה, [פורסם בנבו] מיום 29.10.07, בפסקה 34).

(ה) ענין רלבנטי נוסף שראוי לבחון הוא מהו החלק מבין לקוחות העבר שחתמו על חוזיהם לאחר תחילת ההליכים בבית הדין, לעומת החלק שחתמו על חוזיהם בטרם החלו ההליכים. ההנחה המתבקשת היא, שלאחר שהחלו ההליכים בבית הדין ולאחר שהספק היה כבר מודע לטענות המועלות נגד התנאים המקפחים בחוזהו, היה עליו לקחת בחשבון את ההשלכות העשויות לנבוע מקבלת הטענות הללו ומביטולם או משינויים של התנאים המקפחים, תוך היערכות מתאימה מבעוד מועד. לפיכך יש להניח כי ככל שגדול יותר החלק של חוזי העבר שנכרתו לאחר תחילת ההליכים בבית הדין, כך הפגיעה באינטרס ההסתמכות של הספק תהיה מוגבלת יותר.

188. העובדה שברירת המחדל הקבועה כיום בחוק היא העדר תחולה רטרוספקטיבית משמעה, כאמור, כי על כתפי המבקש מוטל הנטל להוכיח את התקיימות הנסיבות המצדיקות את החלת **סעיף 18(ב)** לחוק. בעניינו מעלה המבקש בסיכומיו את טענת התחולה הרטרוספקטיבית כטענה בעלמא (ראו פסקאות 196-198 לסיכומי המבקש), בלי לבסס את הטענה, ומבלי שהוכחו, או למצער פורטו והוסברו, הנימוקים המצדיקים את הפעלת **סעיף 18(ב)**. אין בידינו כל מידע, ולו גם באומדן משוער, לגבי היקף לקוחות העבר שהחוזים שנחתמו עימם טרם בוצעו במלואם; לגבי "אורך החיים" הממוצע של ההסכם בו עסקינן; לגבי הכמות המשוערת של לקוחות העבר שחתמו

על הסכמים לאחר תחילת ההליכים בתיק לעומת לקוחות העבר שחתמו על הסכמים לפני תחילת ההליכים; וכיוצא באלה נתונים הדרושים לצורך הכרעה בשאלת התחולה הרטרופקטיבית. גם המשיבה מצידה לא הציגה בסיכומיה נימוקים של ממש נגד הפעלת [סעיף 18\(ב\)](#). המשיבה העלתה טענה כללית על פגיעה בהסתמכות ועל כך שתמחרה את חוזי העבר תוך הסתמכות על תנאיו המקוריים של החוזה באופן שהחלה רטרופקטיבית תגרום לה חסרון כיס ופגיעה קשה בזכויותיה. גם טענות אלה נטענו בכלליות, מבלי לפרט מהו היקפו המשוער של הנזק הכלכלי שעלול להיגרם ובגין אלו מבין הסעיפים שבמחלוקת עלול הוא להיגרם (למעט דוגמה יחידה, המובאת בפסקה 471 לסיכומי המשיבה). במצב כזה, בו שני הצדדים הסתפקו בטענות כלליות שאותן לא טרחו לבסס, יקשה עלינו לקבוע איזו מבין הפגיעות האפשריות חמורה יותר: זו שעלולה להיגרם כתוצאה מהפגיעה באינטרס ההסתמכות של המשיבה, או זו העלולה להיגרם ללקוחות העבר. שקלנו, האם אין די בעצם העובדה שמספרם של התנאים המקפחים בהסכם שבוטלו או שונו הוא גדול למדי, על מנת לקבוע כי הפגיעה האפשרית בלקוחות העבר היא החמורה יותר, אולם החלטנו כי בנסיבות הענין אין בכך די. כפות המאזניים נותרו מאוזנות, ובמקרה כזה תחול הוראת [סעיף 18\(א\)](#) לחוק.

התוצאה היא אפוא שהוראות פסק הדין, לרבות ההסכמות שהושגו בגדר ההליך, יחולו אך ורק על הסכמים שיחתמו מהיום והלאה.

189. למען הסר ספק יובהר, כי החלטתנו שלא להחיל את הוראות פסק הדין באופן רטרופקטיבי אין משמעותה אלא שנמנענו מלהורות על ביטול או על שינוי גורף של התנאים המקפחים בהסכמי העבר. בכך אין כדי למנוע את האפשרות הפתוחה בפני כל אחד מלקוחות העבר להעלות טענת קיפוח כלפי כל אחד מהתנאים המקפחים הללו במסגרת הליך אינדיבידואלי המתקיים כיום או שיתקיים בעתיד בינו לבין המשיבה. החלטה של בית הדין להימנע מהפעלת סמכותו לפי [סעיף 18\(ב\)](#) לחוק, איננה מקנה לתנאים המקפחים חסינות מפני ביטול או שינוי הנעשים על ידי בית המשפט במסגרת הליך שיפוטי רגיל.

190. בהתחשב בשיתוף הפעולה ההדוק שהתקיים בין הצדדים, אשר איפשר לצמצם באופן משמעותי ביותר את היקף המחלוקת, איננו עושים צו להוצאות.

המזכירות תשלח את פסק הדין לב"כ הצדדים.

משה סובל 54678313-702/06

ניתן היום, י' כסלו תשע"ב, 06 דצמבר 2011, בהעדר הצדדים.

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה
בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

נספח מס 4 שוחט נ' לוביאניקר

1. יואל לוביאניקר
2. רוני לוביאניקר
3. דן שוחט
4. רשם המקרקעין (משיב פורמלי)

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[6.5.81]

לפני השופטים מ' בן-פורת, ש' לויז, מ' כהן

חוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 98, סעיף 6- חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, סעיף 39.

מיני-רציו:

* חוזים – מכר – קיום בתום-לב
* חוזים – קיום חוזה – חיובים שלובים

המערערת ובעלה (המשיב 3) התקשרו עם המשיבים 1-2 בחוזה לרכישת דירה מהאחרונים. בטרם השלימו את פרעון התשלומים, נסעו המערערת והמשיב 3 לאוסטרליה, מבלי שהודיעו על כך למשיבים 1-2, ומבלי שהבהירו להם, כיצד תובטח השלמת ביצוע החוזה, לרבות פרעון יתרת התשלום כנגד מסירת החזקה. המשיבים 1-2 סירבו להשלים העברת הנכס על שם המערערת והמשיב 3, כל עוד לא יובטח תשלום היתרה. משלא הובטח הדבר, חרף פניות המשיבים 1-2, ביטלו האחרונים את החוזה. תביעתם לסעד הצהרתי, המאשר תקפות ביטול זה, התקבלה על-ידי בית המשפט המחוזי. מכאן הערעור.

בית המשפט העליון פסק:

א. (1) את תום הלב, הנדרש בסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, יש לבחון במבחן האדם המתחשב בזולתו התחשבות סבירה ומקובלת.
(2) קנה המידה לבחינת תום הלב בקיום חוזה מכר איננו סובייקטיבי, לפיכך, אין זה משנה, אם התנהגות, שאיננה מתיישבת עם ההגינות והיושר המקובלים בין הבריות, נובעת מפיוזור נפש גרידא ולא מכוונה רעה.
(3) במקרה דנן, היה בנסיצת המערערת בנסיבות העניין משום סטייה מקיום חוזה בתום-לב, ומותר היה למשיבים 1-2 לסטות בתום-לב מהקיום המדויק והמושלם של החיוב המוטל עליהם לשלב את הרישום במסירת החזקה ולהתנות את הביצוע המשולב בהבטחת פרעון היתרה תחילה.
ב. (בעקבות ע"א 594/75 [4]) מקום בו על שני צדדים או יותר לקיים חיובים מקבילים, אין האחד יכול לתבוע את חובו בשל הפרתו של החוזה, אלא אם כן קיים, או לפחות נכון היה לקיים את חלקו שלו בחיובים המקבילים.

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד לה (1) 828.
- [2] ע"א 148/77 ש' רוט ואח' נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג (1) 617.
- [3] ע"א 338/73 חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ ואח' נ' כהן ואח', פ"ד כט (1) 365.
- [4] ע"א 594/75 ג'רבי נ' הייבלום, פ"ד ל (2) 673.
- [5] ע"א 207/76 הרשקן נ' וכטר, פ"ד לא (2) 85.

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופט ה' ש' לונוברג) מיום 2.9.79 בה"פ 385/79. הערעור נדחה.

מ' צ'צ'יק - בשם המערערת;

מ' מוזר - בשם המשיבים 1-2.

פסק-דין

השופט מ' בן-פורת: תביעת המשיבים 1-2 בה"פ 385/79 בבית המשפט המחוזי תל-אביב-יפו נתקבלה, וההסכם בינם לבין המערערת והמשיב השלישי (כולל הערת אזהרה) הוכרז כבטל. מכאן הערעור.

2. מטעמים שיתבארו, אגולל את הרקע העובדתי והעולה ממנו באריכות, החורגת מן המקובל בערכאה היושבת לערעור:

המערערת ובעלה (המשיב השלישי) התקשרו בינואר 1978 בחוזה לרכישת דירה מאת המשיבים 1 ו-2, תמורת סך כולל של 000,420 ל"י. שלושת התשלומים הראשונים נפרעו כסדרם בהתאם ללוח הזמנים, המפורט בסעיף 3 לחוזה. נותרה לתשלום היתרה בסך 000,120 ל"י, ואותה היה על הקונים לפרוע, לפי סעיף 3(ד).

"במעמד מסירת החזקה בנכס לקונה או לפי פקודתו, בהתאם לאמור בסעיף 2(א) מחוזה זה, ובתנאי כי קודם לכן או באותו מעמד יועבר הנכס על שם הקונה או לפקודתו בהתאם לאמור בסעיף 2(ב) מחוזה זה."

התחייבויות המוכרים מפורטות בסעיף 2 הנזכר שם, והן:
"א) למסור את החזקה הממשית בנכס לקונה (קיצור לשון לקונים-

מ' ב"פ) או למי שיצווה, כשהנכס פנוי מכל חפץ ואדם... לא יאוחר מיום 20.9.1978.

(ב) להעביר ולרשום על שם הקונה או לפי פקודתו, בלשכת רישום הקרקעות, את הנכס... לא יאוחר מיום 1.8.1978."

שני הצדדים מסכימים, כי סעיף 3(ד) לחוזה מאפשר ביצוע מסירת החזקה והעברת הבעלות בלשכת המקרקעין במעמד אחד, כנגד סילוק היתרה. אולם, בו בזמן שהמערערת טוענת, כי שילוב כזה, כדי שהמוכרים לא ייראו כמפרי החוזה, צריך היה להתבצע לא יאוחר מהמועד האחרון לרישום לפי סעיף 2(ב), היינו 1.8.1978, טוענים המוכרים, שמותר היה להם - בין היתר על סמך הכתוב בסעיף 3(ד) גופו - לשלב את שתי הפעולות במועד האחרון למסירת החזקה לפי סעיף 2(א), היינו 20.9.1978. למחלוקת זו עוד נשוב בהמשך.

את החוזה ניסח עורך הדין שוחט (להלן - שוחט), אביו של המשיב השלישי. שוחט נזכר בסעיף 6 לחוזה כאדם, אשר לו חייבים המוכרים למסור את המסמכים הדרושים לרישום הנכס על שם הקונים, ובסעיף 7 - כמי שזכאי לקבוע באיזה משרד, נוסף על לשכת רישום המקרקעין, על הצדדים להתייצב לאותה מטרה.

לפי ההסדר המשפחתי בין בני הזוג לבין המחוטנים, שאינו שנוי במחלוקת, קיבל על עצמו מר דוד ניסים, אביה של המערערת, לממן את היתרה של מחיר הדירה. אולם עוד לפני המועד לרישום הנכס (לפי סעיף 2 לחוזה) נסעה המערערת, שהיא אזרחית אוסטרליה ותושבת אותה מדינה, בלווית בעלה לארץ מוצאה, ואביה בא בעקבותיה. אין טענה מטעם המערערת, שהיא טרחה להודיע למוכרים טרם צאתה על הנסיעה ולהבהיר להם, כיצד תובטח השלמתה התקינה של העיסקה בכלל ופרעון היתרה כנגד מסירת החזקה בפרט. למוכרים נודע, שהמערערת מינתה לעצמה בישראל איש מטעמה, הוא עורך הדין א' קירשנר, אך ברור, שעיקר דאגתם הייתה נתונה לקבלת הכסף, המגיע להם. יתרה מזו, בייצוגה הנפרד של המערערת - כשמר שוחט ממשיך ליצג על-פי ייפוי כוח נוטריוני את בנו בלבד - סימן ורמז לקרע, שנתגלע בין בני הזוג, ומכאן יובן גם סירובו של שוחט לסלק מכיסו את היתרה.

ב-13.9.78 כתב עו"ד קירשנר למוכרים (בנו/1), שהוא מבקש "בשם גב' עדינה ניסים" (היא המערערת) "להעביר לה (כך!) בפנקסי המקרקעין את הדירה שהיא רכשה... " וכי היא "עומדת על כך שהדירה תועבר בהתאם לחוזה... ואחרי העברת הדירה היא תשלם את הכספים שהיא חייבת לשלם במעמד מסירת החזקה". ראוי לציון, לצורך ענייננו, הפסוק המסיים:

"קבלתי הודעה ממרשתי שהיא תדאג שאצלי יהיו הכספים הנחוצים לשם כך."

המוכרים, אשר חתמו מזמן על שטרי מכר ושאר מסמכים ומסרם, כנדרש בחוזה, לידי של שוחט, לא היו מוכנים להסתפק בלשון עתיד זו, לפיה תדאג המערערת, שהכספים יהיו אצל עורך-דינה. כשיהיה בכך צורך. בנסיבות אלה נתבקש מר שוחט לא להשתמש במסמכים החתומים כדי לבצע את העברת הבעלות, כל עוד לא יובטח תשלום היתרה. מר שוחט, בשם בנו ובראותו עצמו נאמן הצדדים לעניין הרישום, נתן הסכמתו לכך. את עמדת המוכרים בהחיר שוחט לקירשנר במכתב מיום 22.10.78 אף-על-פי שנאמר בו ברורות, שההימנעות מרישום היא תוצאה של חוסר הוודאות באשר לתשלום היתרה, לא טרח עו"ד קירשנר לכתוב ברחל בתך הקטנה, שהיתרה תשולם מכספים או מרכוש הנמצאים בהישג ידו, והעדיף לא להשיב כלל. העדר תגובה כזאת בכתב תומך תמיכה רבת משקל בטענתו של שוחט בתצהירו, שעו"ד קירשנר מיאן לאשר לפניו, ולו גם בדיבור פה, שיש בידו כסף של דוד ניסים, בו מותר לו להשתמש לסילוק אותה יתרה. קירשנר בתצהירו (סעיף 2) אמנם מכחיש את גירסת המוכרים וגירסת שוחט. לטענתו, הייתה לו "בהחלט האפשרות וגם הרצון לשלם את התשלום בהתאם להוראות החוזה. הודעתי לכן גם למר לוביאניקר (המוכר - מ' ב"פ) ואף כתבתי לו בנדון ב-31.9.78" (ההדגשה שלי). אולם ראינו, כי ב-13.9.78 ולתאריך זה ודאי התכוון - אמר דברים שונים בתכלית.

כאשר נקפו חודשים רבים, ומאומה לא זו, שלח בא-כוח המוכרים (עורך הדין מוזר) לעו"ד קירשנר ביום 11.3.1979 מכתב, בו נאמר, שמרשיו, שהיו כל הזמן מוכנים לבצע את ההסכם כנגד תשלום היתרה אך פניותיהם בעניין תשלום המגיע או לפחות הפקדתו נותרו ללא מענה.

"הורו לי להעמידכם על כך שאם לא יובטח תשלום יתרת המחיר על ידי הפקדה במשרדי ומסירת החזקה למיופי כוח כחוק של הקונים וזאת תוך עשרה ימים, ישקלו ביטול ההסכם על כל המשתמע מכך עפ"י החוק וההסכם".

אז לראשונה אמר עו"ד קירשנר במכתב התשובה מיום 13.3.79 בלשון ברורה, שהוא מוכן בכל עת לקבל בשם מרשיו (לשון רבים?) את הבעלות והחזקה בדירה "ולשלם את המגיע לה" לוביאניקר. "אולם מה שמגיע, אליבא דדעתו, אינו הסך 120,000 ל"י, כי אם מה שיתקבל לאחר ניכוי (מסכום זה) של פיצוי בסך 150 ל"י לכל יום פיגור במסירת החזקה למן ה-20.9.78.

הוא מסיים ואומר:

"הסכום המגיע כנ"ל נמצא ברשותי ולא יהיה שום עיכוב בתשלומי."

עינינו הרואות, שעו"ד קירשנר ידע לומר דברים ברורים כאשר רצה. בעניין הפיצוי הסתמך בלי ספק, על סעיף 13 לחוזה, בו נאמר:

"מבלי לפגוע באמור בסעיף 9דלעיל (בו עוד ידובר - מ' ב"פ), מתחייב המוכר לשלם לקונה סך של -150 ל"י כפיצוי בעד כל יום של איחור במסירת הנכס לרשות המוכר (כך!) לאחר יום 20.9.1978 והקונה יהיה זכאי לנכות את הפיצויים הנ"ל מתוך יתרת תמורת הנכס..." המוכרים לא היו מוכנים להסכים לניכוי הנטען, ועל-כן חזרו והתרו במערערת במכתב בא-כוחם אל עו"ד קירשנר מיום: 22.3.79

"ח.ג.,

כדי להעמיד דברים על דיוקם.

א. לוביאניקר הסכים ומסכים להעביר בעלות ולראייה אף חתמו על

שטרי המכר המופקדים אצל עו"ד שוחט.

ב. רק העובדה שהקונים עזבו את הארץ מבלי להשאיר הכספים וההוראות הדרושות מנעו מעו"ד שוחט ביצוע ההעברה בספרי האחווה וקבלת החזקה במועד, בודאי ידועות לך חובותיו של עו"ד כנאמן.

ג. תוכל לקבל את המפתחות מיד בתנאי כמובן שישולם הסך -120,000

ל"י כאמור בהסכם. דברים אלו השמיעו ומשמיעים מרשי מזה חודשים רבים ואילו אתה אמרת שאין לך הכסף ואין לך הוראות ולכן בקשת לעכב מסירת החזקה, כך עשית גם בשיחתנו הטלפונית מיום 19.3.79 בה בקשת עוד עשרה ימי ארכה בטענה כי עליך לקבל הוראות מאוסטרליה.

ד. אני חוזר להתראה ולארכה שנתנו מרשי לקיום ההסכם ומודיעך כי אם לא יקויים ישקלו מרשי ביטולו ומכירת הדירה לקונה אחר.

"(-)

לכך לא באה כל תשובה, וב-2.4.1979 (בתום הארכה השנייה, שלטענתם נתבקשה טלפונית), הודיע בא-כוח המוכרים לעו"ד קירשנר, שהמכר בטל

"וזאת עפ"י הוראות חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970 לענין הפרת תנאי יסודי. מרשיך לא התיצבו עד היום לקבל החזקה בדירה ולא שלמו יתרת מחיר הדירה כמוסכם. מרשי זכאים לפיצוי קבוע ומוסכם מראש של -100,000 ל"י שאותו הם רשאים להחרים לטובתם מהכספים שקבלו כאמור בסעיף 9 להסכם. היתרה בסך -200,000 ל"י מצורפת בהמחאה לפקודת עדנה ניסים ודן שוחט. למותר להוסיף כי מרשי אינם יכולים להוסיף ולחכות ללא קץ לקונים ולשאת בנזקים הנגרמים להם בשל ירידת ערך כספם, והסכנה שהם יפרו התחייבויות שלהם בשל התנהגותם של הקונים.

"(-)

בתשובתו מיום 20.4.79 הכחיש עו"ד קירשנר מכול וכול, שביקש ארכה של 10

ימים,

או בכלל. הוא עמד על כך, ששולחיו (שוב בלשון רבים) "קיימו בדיוקנות כל התחייבותיהם לפי החוזה הנ"ל" וכי "תמיד היו מוכנים וגם היום מוכנים לשלם כל סכום המגיע מהם לפי החוזה הנ"ל עם ביצוע העברת הבעלות ומסירת חזקת הדירה".

על סמך טענותיו אלה החזיר את השיק על סך 200,000 ל"י, ששלח לו בא-כוח המוכרים, ודרש, שישלימו את העסקה בהתאם לחוזה. ב-4.5.79 הגישה המערערת לבדה (תוך ציטוט בעלה כמשיב) תובענה נגד המוכרים לאכיפת ההסכם (ת"א 2167/79 של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו) וזו עודנה תלויה ועומדת.

3. המוכרים מצדם הגישו תובענה על דרך המרצת-פתיחה לאותו בית-משפט (ה"פ 385/79), ובה ביקשו להצהיר, כי ההסכם האמור אמנם בטל.

בפסק-דין קצר להפליא נתקבלה התובענה, והוצהר כמבוקש.

צוין בפסק הדין, כי מר קירשנר, כשנשאל כיצד הובטח תשלום היתרה, "לא נתן לשאלה זו תשובה רב משמעית" (הכוונה כמוכר, ל"חד משמעית" או שהמלה "לא" מיותרת), "אמר שמוכן לשלם הכסף אך לא אמר שהכסף נמצא".

יודגש, שמר קירשנר כלל לא אמר, שהוא "מוכן לשלם הכסף", אלא רק שקיבל הודעה, כי מרשתו תדאג שיהיו בידו כספים (זאת שבוע לפני מועד המסירה הסופי, במכתבו מיום 13.9.78). אילו היה כדברי השופט, ייתכן שהמסקנה הסופית הייתה צריכה להשתנות.

אשר לטענת מר קירשנר, שמרשתו זכאית מכל מקום לרישום הבעלות על שמה - פעולה שכנגדה אין בחוזה חיוב מקביל - אומר השופט המלומד, כי לו נראה, "שיסוד המכירה של דירת מגורים זו לא היה להעביר בעלות כי אם להעביר דירה אשר בה בעלות וחזקה גם יחד. מה טעם להעביר בעלות בהתחשב בתשלום 2/3 מהמחיר בלבד בלא שיובטח פרעון היתרה, ועמו מסירת החזקה?" על טענתו של עו"ד קירשנר, שמגיע למערערת פיצוי פיגורים בסך 150 ל"י ליום למן ה-20.9.78 אומר השופט המלומד, כי

"אם היה איחור מספטימבר עד מרץ הרי לפי הפחתה זו היא מגיעה לכ-28,000 ל"י, לא לכך התכוונו הצדדים לחוזה. כלומר להפחית המחיר על ידי דחיית התשלום ומסירת החזקה. שאילו כן, אפשר לדחות התשלום בשנה ולהפחית בכ-60,000 ל"י את היתרה וכל זה בלי לשים לב שעכוב התשלום גורם

לירידת ערך הכסף והתשלום לא הוצמד בחוזה. מכאן שהפסד המוכר יהיה משני צדדים שונים כאחד וזה חותר תחת אשיות החוזה."

סתם השופט ולא פירש, מה, לדעתו, נפקותה של תניה זו, וייאמר כבר בשלב זה, שגם הנמקתו לעיצומה אינה נראית לי. מסיים השופט ואומר:

"אי לכך לא נראה לי שחוזה רכישת דירה זו עוד ניתן לבצעו עכשיו כשנה מהמועד המוסכם להשלמתו."

בעקבות זאת החליט להצהיר כמבוקש ולבטל גם את הערת האזהרה, שנרשמה בשעתה על סמך הסכם זה.

אודה, כי שיקוליו של בית-משפט קמא לא נתחווירו לי די הצורך.

קיצור הלשון מזה ואי-בהירות השיקולים מזה הם שהניעוני להאריך בניתוח הראיות.

4. בסיכומיו בכתב, המונחים לפנינו, וכן בתשובתו למשיבים טוען בא-כוחה המלומד של המערערת (עורך הדין מ' צ'צ'יק) בין היתר (כנרמז לעיל) - שמותר היה למוכרים, לפי סעיף 3(ד) לחוזה, להקדים את המסירה למועד הרישום, אך לא להפך (היינו, לדחות את הרישום למועד המסירה). בלשונו (כמנוסח בתשובתו):

"א. עפ"י נוסח החוזה (מוצג 2) ונסיבות הענין היתה רק אפשרות אחת במקרה דנן לאחד בעלות וחזקה, ושעדיין ייחשבו המשיבים לא כמפירי חוזה; כנוהגים בתום לב ובהגינות ותוך העמדה במבחן את נכונות הקונים לסיום העסקה עפ"י תנאי החוזה והפגת חששותיהם של המוכרים. על המשיבים היה מיד כשנודע להם על הנסיעה לחו"ל וזו כאמור נודעה להם לפני 1.8.78 (הוא תאריך רישום הבעלות) להודיע לקונים או לבא כוחם בארץ עו"ד קירשנר, כי הם מבקשים להקדים את תאריך המסירה מ-20.9.78 ל-1.8.78 ולדרוש ביצוע מסירת חזקה ורישום בעלות כנגד דרישת יתרת התמורה במוקדם שבין השניים. כל עוד ניסו המוכרים לעשות את האיחוד האמור במאוחר שבין השנים דהיינו החל מ-20.9.78 ואילך אין להם אלא להלין על עצמם" ההדגשות במקור).

אכן, קשה להלל את הניסוח של סעיף 3(ד) לחוזה (צוטט לעיל). ברישא נאמר, שהמסירה תתבצע "בהתאם לאמור בסעיף 2(א) מחוזה זה", הווה אומר, עד ל-20.9.78. לכאורה יוצא מהדבק הדברים, כי הנאמר בהמשך ("ובתנאי כי קודם לכן או באותו מעמד יועבר הנכס על שם הקונה או לפקודתו") אכן מאפשר כריכת שתי הפעולות יחדיו עד למועד זה. אולם, המלים המסיימות ("יועבר הנכס... בהתאם לסעיף 2(ב) מחוזה זה") אינן משתלבות יפה בפירוש האמור, שהרי בסעיף 2(ב) התחייב המוכר לרשום את הנכס

לא יאוחר מיום 1.8.78. יש כאן איפוא סתירה פנימית, המאפשרת לכל צד לדבוק בפירוש, המקובל עליו.

לדעתי, אין כל צורך להעמיק בדבר, כי ממילא הסתירה בעינה תעמוד, וגורל הערעור כלל אינו תלוי בשאלה זו. לא מן הנמנע, שמותר היה למוכרים לבחור בפירוש הנוח להם כבר מן הטעם, שהחווה נוסח על-ידי מר שוחט, אביו של אחד הקונים, שבשעתו ייצג, ללא ספק, קודם כול (ואולי אך ורק) את האינטרס של בנו וכלתו, אך אניח לטענה זו, משום שלא הועלתה. יתרה מזו, המערערת לא ביטלה את החווה בטענה שדחיית הרישום למועד המסירה היוותה הפרה יסודית, וגם הפיצוי הנטען בסך 150 ל"י ליום פיגור מתייחס (לפי סעיף 13) למועד המסירה, היינו מ-20.9.78.

והעיקר - העובדה, שהמערערת נסעה לאוסטרליה בלי לבוא בדברים עם המוכרים כדי לסכם סידורים מתאימים להשלמת העסקה ולפרעון המגיע להם - הצדיקה, לדעתי, את הימנעות המוכרים לרשום את הנכס על שם הקונים, עד שתשלום זה יובטח.

ההגינות והיושר כמקובל בין הבריות אינם מתיישבים עם התנהגותה של המערערת, ובכך הפרה היא את מצוותו של סעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (הזהה לסעיף 39

לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973), הקובע לאמור:

"חיוב הנובע מחווה מכר יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום-לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מן החווה."

לעניין תום הלב יש, לדעתי, לנקוט את מבחן האדם המתחשב בזולתו התחשבות סבירה ומקובלת. בלשונו של השופט ברק בבג"צ 59/80 [1], בעמ' 834:

"אין הצדדים לחוזים מלאכים זה לזה, אך שוב אל להם להיות זאבים זה לזה."

מקובלת עלי בסוגיה זו הדרישה לנהוג זהירות ראויה ולא לבוא בתביעות של "מידת חסידות" מן המתקשרים בחווה, אך מצד שני אין גם להניח להם לנצל לרעה את זולתם, בחינת "נבל ברשות החווה": דברי השופט אלון בע"א 148/77 [2], בעמ' 638. הואיל ולא קנה המידה הסובייקטיבי הוא, לדעתי, הקובע, אין זה משנה (למשל), אם התנהגות המערערת נבעה מפזיזר נפש גרידא ולא מכוונה רעה. הקובע בעיניי הוא, שאדם בעל מטען הגינות סביר חייב היה להביא בחשבון את החשש לגורל כספם, שיעורר היעלמו מגבולות המדינה לזמן ארוך בלבם של המוכרים. הוכח בעליל, שהמערערת כלל לא הייתה להוטה (או מסוגלת מבחינה כספית) לסיים את העסקה ברישום ובקבלת החזקה בהקדם, שהרי לא היה דבר, שימנע בעדה לעשות כן למן ה-20.9.78 ואילך. הימנעות זו מעידה כמאה עדים, שדבקתה בטענה דלעיל אינה אלא אמתלה. יפים לענייננו דבריו הקולעים של השופט קיסטר בע"א 338/73

[3], בעמ' 369, לאמור:

"הצד השני באותו סעיף הוא היקף זכותו של הצד הטוען לפי החווה, שגם

ביחס אליו חל אותו דין, כלומר שאין הזכאי יכול להיתפס במלה בחוזה ולנצל אותה אלא הוא חייב להשתמש באותה זכות שניתנה לו - כפי שמקובל בין אנשים המנהלים את עסקיהם בתום-לב ובאמונה".

הואיל וכןגד זכותה לרישום במועד המוסכם עומד החיוב של המוכרים, מותר היה להם, מחמת התנהגותה, לסטות בתום-לב (מכוח הרישא של סעיף 6 לחוק המכר) מהקיום המדויק והמושלם של אותו חיוב, לשלב את הרישום במסירת החזקה ולהתנות את הביצוע המשולב בהבטחת פרעון היתרה תחילה. על התוצאה "הממתנת" של הוראה זו בחוק המכר ובחוק החוזים (חלק כללי) ניתן ללמוד מהציטוט דלעיל. כן מקובלת עלי דעתה בעניין זה של ד"ר ג' שלו, "כריתת חוזה", פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי סאקר, ג' טדסקי עורך, תשל"ח) 79.

התנהגות המוכרים (בכרכם יחדיו את הרישום עם מסירת החזקה ובדחותם כמבואר את הביצוע הכפול, עד שיובטח תשלום היתרה) גם אינה מהווה הפרה לפי סעיף 9 לחוזה, שכן מעולם לא "סירבו" או "התחמקו" מלבצע כל אלה. הם רק התנו את הביצוע המשולב בתנאי, שבעטייה של התנהגות המערערת היה בגדר סטייה מותרת בתום-לב: הבטחת תשלום היתרה.

הואיל והשילוב האמור היה מותר, "נוצרו" עקב כך שני תנאים מקבילים: (א) חיובם של המוכרים לבצע את הפעולה המשולבת, מזה; (ב) חיובם של הקונים לפרוע בו-זמנית את היתרה, מזה. כפי שהובהר מפי השופט שמגר בע"א 594/75

[4], בעמ' 680, בחיובים מקבילים:

"ביצועו של החיוב על-ידי צד אחד הוא תנאי, מבחינת השלב והמועד, לביצועו של החיוב על-ידי הצד השני והיפוכו של דבר."

לפיכך, כנאמר בהמשך, שם:

"...מקום בו על שני צדדים או יותר, לקיים חיובים מקבילים, אין האחד יכול לתבוע את רעהו בשל הפרתו של החוזה אלא אם קיים - או לפחות היה נכון לקיים - את חלקו הוא בחיובים המקבילים".

מכאן, כדוגמא בה המחיש את דבריו, בעמ' 681:

"על המוכר להיות נכון למסור לקונה את החזקה בממכר, תמורת קבלתה של התמורה הכספית והקונה חייב להיות נכון לשלם את מחירו של הממכר בתמורה לקבלת החזקה בממכר".

המוכרים היו מוכנים מצדם לרשום את הבעלות ולמסור את החזקה לקונים תמורת קבלתה של היתרה הכספית, אך המערערת לא הייתה נכונה מצדה לשלם את המגיע

ממנה. מסקנה זו מתבקשת מאליה, לאור העדר כל תגובה למכתבו של שוחט לקירשנר מיום 22.10.78, בהחלטה, שהמסמכים חתומים ומוכנים לשימוש, אלא שהמוכרים מתנים זאת בהבטחת הפירעון. ההיגיון הפשוט מחייב, שעורך הדין קירשנר היה מודיע בכתב ובהקדם, שהכסף נמצא תחת ידו - אילו כך היה ואילו מרשתו הייתה באמת ובתמים מעוניינת בביצועה המהיר של העסקה. אין לשכוח, שבתאריך זה כבר חלף עבר גם המועד האחרון למסירת החזקה, ושוב לא היה כל טעם לפצל בין הרישום למסירת החזקה.

יוצא שהמערערת היא שהפרה את ההסכם, שכן ידעה על נכונותם של המוכרים לבצע את המוטל עליהם, מבלי שמילאה אחר המוטל עליה: נכונות לתשלום המחיר. לא הייתה כל חובה על המוכרים להציע מועד פלוני או לבוא בדרישה מפורשת לתשלום, נוכח אי-נכונות, שבלטה מנסיבותיו של העניין: [ע"א 594/75](#) [4] הנ"ל, בעמ' 681

בין ב-ג.

בנסיבות אלה צריך היה בא-כוח המערערת לקפוץ על המציאה ולקבל בשתי ידיים את הצעתו של עו"ד מוזר ב-11.3.79 ולשלם את כל היתרה ללא דיחוי. אולם, לא זו בלבד שהוא לא הסתפק בהעדר דרישה לריבית והצמדה חרף החודשים הרבים שחלפו בינתיים, אלא שהגדיל לעשות ובא בדרישת פיצוי על "האיחור" בביצוע מסירת החזקה. אגב, בסעיף 9 לתצהירו טוען עו"ד קירשנר, כאילו עוד ב-7.3.79 הודיע במכתב למוכר על נכונותו לבצע את העסקה ולשלם לו את המגיע לו בהתאם להסכם. שום מכתב כזה לא הוגש. להפך, מהמכתב, שכתב עו"ד מוזר לקירשנר ב-11.3.79, נובע, שהיזמה לדרוש השלמת העסקה באה מצד המוכרים, ורק בתגובה על כך הביע עו"ד קירשנר נכונות לשלם את "המגיע", היינו 120,000 ל"י בניכוי כ-28,000 ל"י פיצוי פיגורים. לתנאי זה לא היו המוכרים חייבים להסכים, וגם הצדקה משפטית או מוסרית להעמדתו לא הייתה למערערת, שהרי למן ה-20.9.78 (תחילת מניין הפיצוי) כבר יכלה לקבל כנגד התשלום רישום וחזקה גם יחד. אף-על-פי-כן נתנו לה המוכרים ארכה נוספת, ועל כך לא באה שום תגובה.

למעשה, די למוכרים בנאמר בסעיף 9 לחוזה (בקטע הנוגע לעניין):

"... במקרה והקונה יסרב או יתחמק מסיבה כל שהיא מלשלם למוכר את התשלומים המגיעים ממנו תמורת הנכס בזמן שהותנה בחוזה זה, ולקבל את הנכס (העברת החזקה) לרשותו, אזי יחשב... כמפר חוזה זה... אם הקונה הוא שהיה מפר החוזה כאמור, יהיה המוכר רשאי להחרים לטובתו סכום של -100,000 ל"י מסכום הכספים שכבר קבל מהקונה על חשבון התמורה הנ"ל, ואת יתרת הכספים יחזיר לקונה".

טענת בא-כוח המערערת בסעיף 1 (ו) לסיכומיו, כאילו לא הותנה בחוזה, שמועד התשלום הוא תנאי יסודי, אינה מדויקת כלל ועיקר, שכן ברור, כי סעיף 9, אם כי

במשתמע, רואה סירוב או התחמקות מתשלום כהפרה יסודית של החוזה, והתוצאה בסיפא תוכיח.
לאור הנימוקים דלעיל, המובילים בהכרח למסקנה, שדין הערעור להידחות, שוב אין לי צורך להרחיב את היריעה ולטפל בטענות הנוספות מטעם המשיבים. אזכיר רק למעלה מן הצורך את הגישה, הרווחת בקרב חלק ניכר משופטי בית-משפט זה - ואשר מצאה ביטוייה בדעת הרוב (כנגד דעתו של השופט ח' כהן ודעתי שלי) [בע"א 207/76](#) [5] - לפיה איחור בפרעון נחשב, בדרך כלל, להפרה יסודית.
5. אשר על-כן אני מציעה לחבריי הנכבדים לדחות את הערעור ולהורות, שהערת האזהרה, אם היא עדיין קיימת, תבוטל. הייתי מחייבת את המערערת לשאת בהוצאות המשיבים 1-2 בסך כולל של 7,000 שקלים.
השופט ש' לוי: אני מסכים.

השופט מ' כהן: אני מסכים.

נספח מס 5 אלטר נ' אלעני

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת בן-פורת. ניתן היום, ב' באייר תשמ"א (6.5.81).

הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן

ערעור אזרחי מס' 765/82

1. משה אלטר
2. לינקה אלטר
נגד
יחזקאל אלעני

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[21.6.84]

לפני הנשיא מ' שמגר והשופטים א' ברק, א' גולדברג

חוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 98, סעיפים 23, 25 - חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16 - חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, סעיפים 25 (תוקן: ס"ח תשמ"א 306), 25(א), 43(א), 43(א)(3).

מיני-רציו:

* חוזים – פירוש – כללי פרשנות
* חוזים – קיום חוזה – בדרך מקובלת ובתום-לב
* חוזים – קיום חוזה – חיובים שלובים

המערערים חתמו עם המשיב, שהוא קבלן בניין, על הסכם, לפיו ירכשו ממנו חנות בבניין, שיוקם על-ידיו. בהסכם נאמר, בין היתר, כי תאריך מסירת החנות יידחה אם סיבת העיכוב תהיה, בין השאר, הגבלות בבנייה מטעם רשות ממשלתית או עירונית. כמו כן נקבע, כי חלק הארי מדמי המכר ישולם למשיב במעמד מכירת חנותם הנוכחית של המערערים. משנוכחו המערערים לדעת, כי קרב מועד גמר הבנייה והגיע זמן מסירת החנות, והמגרש עדיין עומד ריק, גם כתבו למשיב וביקשו פרטים על העיכובים, ובסיפא למכתב נאמר, שאי-קיום התחייבויות המשיב על-פי ההסכם מהווה הפרה חמורה של ההסכם, שתתממש בהגיע יום המסירה. המשיב הפנה בתשובתו לעיכובים בוועדות התכנון והבניה. המערערים לא הגיבו על תשובה זו, ואילו המשיב המשיך בקידום הבנייה תוך עיכובים שנגרמו עקב הגבלות הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה. המערערים מכרו את חנותם, אך לא הודיעו על כך למשיב, ואף לא שילמו את התשלום שאמורים היו לשלמו במעמד המכירה הנ"ל. שלוש שנים לאחר מכן ביטל המשיב את החוזה עקב העלמת עובדת מכירת החנות ואי-ביצוע התשלום, שאמור היה להתבצע במעמד אותה מכירה. המערערים עתרו בבית המשפט המחוזי לאכיפת החוזה. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה, מכאן הערעור.

בית המשפט העליון פסק:

א. (אליבא דנשיא מ' שמגר): (1) כאשר מדובר בחיובים עצמאיים, חבותו של כל צד לחוזה עומדת בפני עצמה, גם כאשר לא עמד הצד השני במילוי חיוב כלשהו שהוטל עליו. תרופתו של הנפגע, במקרה זה, היא זו המתגבשת לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, אך עליו לקיים את חלקו בהסכם, כל עוד החוזה אינו בטל.
(2) כשהמדובר בחיובים מותנים תלויה חבותו של אחד הצדדים לחוזה בכך, שיקויים התנאי, בו הותלתה התגבשותו של החיוב של הצד השני (סעיף 43(א) חלופה שנייה לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). תנאי, כאמור, יכול להיות מעשהו של הצד השני ויכול להיות מעשהו של צד שלישי.
(3) חיובים שלובים במובן מסוים אינם אלא סוג של חיובים מותנים, אך בשל אופיים המקביל והשלוב, יש תמיד הדדיות המעוגנת בתנאים שמילויים הוא בגדר חיוב של הצדדים לחוזה. הווה אומר, החיובים ההדדיים קיימים ותקפים, וההתנאה אינה מופנית להשתכללותו של חיוב, אלא השפעתה אך ורק על חובת ההדדיות בביצוע החיובים. המאפיין והמחייב חיובם שלובים בהשוואה לשאר סוגי החיובים הוא חובת הקיום הכוזמני של חיובי הצדדים.
(4) (דליבא דשופט א ברק): יש להשאיר את ההבחנות בין סוגי החיובים האמורים בצריך עיון. בוודאי שאין לומר, כי חיוב שלוב הוא חיוב המותנה בתנאי מתלה כוזמני, שכן תנאי מתלה על-פי דעה אחת, שולל כניסתו לתוקף של החיוב, ואילו חיוב שלוב מניח חיוב בעל תוקף.

- (5) (אליבא דשופט א' ברק): חיוב עצמאי יכול שייחפך לחיוב שלוב בשתי דרכים: האחת, אם בשעת כריתת החוזה וכחלק ממנו, נקבעות נסיבות, שיש בהן להביא לידי כך, שחיוב עצמאי ישתלב בחיוב אחר; והאחרת, אם לאחר כריתת החוזה נעשה בין הצדדים חוזה חדש, שיש בו כדי להפוך חיוב עצמאי (בחווה הישן) לחיוב שלוב. לעתים, חיוב היה ונשאר עצמאי באופיו, אך דרישת תום הלב שוללת מהנושה את כוחו לעמוד על ביצועו העצמאי.
- ב. (1) (אליבא דנשיא מ' שמגר): הנכונות לקיים חיוב היא אחת מצורות הקיום של החיוב השלוב, ואף היא יוצרת את ההדדיות, שהיא תופעת לוואי הכרחית בחיובים כגון אלה. די בנכונות של אחד הצדדים לקיים את חיובו על-מנת שתשתכלל חבותו של רעהו.
- (2) (אליבא דשופט א' ברק): יש להשאיר בצריך עיון את השאלה, אם חוסר נכונות לקיים חיוב שלוב שולל את השתכללותו של זה.
- ג. (1) לצורך בירור השאלה, מהו אופיו של החיוב, היינו, אם מדובר על חיוב עצמאי או חיוב מותנה או משולב, פונים לאותם נתונים מדריכים, בהם נעזרים בפרשנותו של החוזה, בדרך-כלל, וזה כולל, בין היתר, את מבנה החוזה וכוונת הצדדים, כפי שהיא מתפרשת מתוך לשונו של החוזה.
- (2) מדובר על הערכת משמעותם ובירורם של הנתונים החוזיים כביטוי לדעתם ולכוונתם המוסכמת של הצדדים; מכאן ההתייחסות לאומד הדעת כלשונו של סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), המוליך מן הגלוי אל הכונה המשוערת.
- (3) אין מקום להסיק, כי בית המשפט יתן תוקף ומשמעות לכוונה נסתרת של בעל דין שקיננה בלבו והוסתרה מרעהו ולא באה לידי ביטוי בחוזה. אומד הדעת בכגון דא הוא הסקת מסקנה בשאלה, מה סוכם בין הצדדים לחוזה עובר לכריתתו ומה היו הכוונות ההדדיות שבבואתן משתקפת בהסכם.
- (4) יש לנהוג זהירות מיוחדת כאשר לשון החוזה אינה תומכת בפרשנות, לפיה חיוב פלוני הוא מותנה או שלוב, ואם הנימוק היחידי למתן פרשנות, כאמור, הוא ראיות ועדויות חיצוניות לחוזה, המובאות לבית המשפט על-ידי אחד הצדדים המתדיינים, ואשר שנויות במחלוקת ביניהם.
- ד. (אליבא דנשיא מ' שמגר): (1) בדרך כלל יש לילך אחר לשון הכתוב (הפרשנות הפנימית של החוזה) ולהעדיפה על גירסת הפרשנות החיצונית המוצעת לו, המעוגנת בעיקרה בנתונים לבר-ניסוחיים חיצוניים והנתמכת בראיות. כך גם עולה מסעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי)

(2) קיימת אפשרות תיאורטית, כי בית המשפט ישתכנע, כי בשלב מסוים החליטו הצדדים לשנות מנוסחו המקורי של החוזה, ולהפוך חיוב עצמאי שבו לחיוב מותנה או להיפך. הוכחתו של שינוי, כאמור, תיעשה בין בהסתמך על תיקון שנערך במסמך עצמו, ואזי יהווה הדבר ממילא חלק מפרשנותו הפנימית של המסמך, ובין בהסתמך על ראיות, החיצוניות למסמך, קרי על הנסיבות.

(3) (אליבא דשופט א' ברק): יש להשאיר בצריך עיון את האבחנה בין "פרשנות פנימית" לבין "פרשנות חיצונית".

ה. (1) במקרה דנן, מלכתחילה לא היו חיובי הצדדים שלובים לפי נוסחו של החוזה וגם בשלב מאוחר לא נעשו כאלה. המשיב לא ידע על מכירת החנות וממילא לא יכול היה להסכים לעיכוב בתשלום השלישי או לשילובו בתנאי אחר.

(2) שתיקה אינה הופכת חיובים עצמאיים לחיובים שלובים.

ו. (1) (בעקבות ע"א 283/81 [7]) אם הנפגע אינו מוסר את הודעת הביטול תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה, כי אז מאבד הוא את זכות הביטול והחוזה נשאר בתוקף, אך גם אז מותר לי לתת למפר ארכה למילוי החוזה.

(2) במקרה דנן, לא ביטלו המערערים את החוזה ולא דרשו השבת הסכומים שכבר שילמו למשיב. החוזה נשאר, איפוא, בעינו על חיוביו המקוריים, בכפוף לשינוי מועד מסירת החנות.

ז. (1) הימנעות המערערים מלהודיע למשיב על מכירת החנות אינה יכולה להיחשב כהתנהגות בתום-לב כנדרש. בנסיבות אלה בוודאי לא תישמע מפי המערערים הטענה, כי עמידת המשיב על תשלום במועדו או ביטול ההסכם על-ידי אינם התנהגות בתום-לב.

(2) אין לומר כי סטיית המערערים מקיום התחייבותם הייתה סטייה שבתום-לב, המתבקשת מנסיבות העניין, שכן לא פעלו בגלוי ולא ניסו להעמיד את המשיב על השינוי בחיובים המקוריים, המתבקש והמתחייב, לדעתם.

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] ע"א 594/75 ג'רבי נ' הייבלום, פ"ד ל(2) 673.
- [2] ע"א 195/74 מ' סיני ואח' נ' ע' יהלום ואח', פ"ד כח(2) 663.
- [3] ע"א 702/80 ב' גלפנשטיין ואח' נ' אברהם ואח', פ"ד לז(4) 113.
- [4] ע"א 409/78 ד' גולן ואח' נ' ע' פרקש ואח', פ"ד לד(1) 813.
- [5] ע"א 101/74 חירם לנדאו בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות חוץ) בע"מ וערעור שכנגד, פ"ד ל(3) 661.
- [6] ע"א 614/78 מ' מלכין ואח' נ' צ' גייר ואח', פ"ד לג(3) 773.
- [7] ע"א 283/81 ג'קוב קומפני (ישראל) בע"מ נ' החברה לפיתוח חוף אילת בע"מ, פ"ד לז(3) 658.
- [8] ע"א 701/79 שוחט (ניסים) נ' י' לוביאניקר ואח', פ"ד לו(2) 112.
- [9] ע"א 158/80 שלום נ' מוטה ואח', פ"ד לו(4) 795.

[10]kingston v. Preston, quoted in jones v. Barkley (1781)
434E.r99 438, .
[11]101morton v. Lanb . 890E.r (1797) (.k.b).

הערות:

1. לתניות שלובות ראה: ע"א 287/78 לרר נ' קורבך ואח', פ"ד לד (1) 294; ע"א 672/97, 673 לוי ואח' נ' איצקוביץ וערעור שכנגד, פ"ד לה (2); 636 ע"א 556/83 א' מימון ואח' נ' ש' מאור אל ואח', פ"ד לח (2) 459.
2. לפירוש החוזה לפי אומד דעתם של הצדדים ראה: ע"א 226/80 כאהן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 463; ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי ואח', פ"ד לה (4) 31; ע"א 727/82 מוניץ נ' נוה-גיל בע"מ, פ"ד לז (3) 421; ע"א 603/79 אברגיל נ' פלג את שטרית, חברה לבנין ולפיתוח בע"מ פ"ד לח (1) 633.
ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופט י' מליץ) מיום 29.11.82 בת"א 2789/77. הערעור נדחה.

מ' כספי-בשם המערערים:
מ' טורבוביץ-בשם המשיב.

פסק-דין

הנשיא מ' שמגר: 1. אלו עובדותיו העיקריות של המקרה, כפי שהן מפורטות בפסק-דינו של בית המשפט קמא:
(א) התובע היה בעל חנות לממכר קונפקציה ברחוב סוקולוב 100 חולון, הנתבע הוא קבלן בניין, שבראשית שנת 1971 התעתד לבנות בניין באותו רחוב, סמוך יותר למרכז.
(ב) ביום 26.5.71 נחתם בין הצדדים הסכם, שעיקרו רכישת חנות על-ידי התובעים בבניין שיוקם על-ידי הנתבע. סעיפים מספר של ההסכם, החשובים לענייננו, ראויים לציטוט:
" 3. המוכר מתחייב בזה לבנות ולהשלים את החנות על חשבונו בהתאם לתכנית הרצופה להסכם זה, החתומה על ידי הצדדים ומהווה חלק בלתי נפרד מהסכם זה. הובהר והוסכם במפורש על ידי הצדדים, כי התכנית הנ"ל מחייבת את המוכר לגבי החנות בלבד והוא יהיה זכאי ורשאי להכניס שינויים ו/או תוספות בתוכנית הבית מידי פעם בפעם לפי ראות עיניו. כן יהיה רשאי המוכר לבצע שינויים קלים או סטיות קלות מהתוכנית בחנות

המקורית וביצוע האמור לעיל לא ייחשב להפרת הסכם זה על ידי המוכר, אך בתנאי ששטחה של החנות לא יקטן.

...

4. (א) המוכר מתחייב בזה לסיים את השלמת החנות ולמסרה לקונה כשהיא מושלמת בהתאם לתוכנית הנ"ל וכשהיא פנויה וריקה מכל אדם וחפץ לא יאוחר מאשר ביום 31.8.82, כפוף למילוי כל התחייבויותיו של הקונה על פי הסכם זה. על אף האמור לעיל, אם בגלל סיבה של כח עליון, או בגלל סיבות כלשהן שאינן תלויות במוכר וכן בגלל הגבלות בבניה מטעם רשות ממשלתית ו/או עירונית, ו/או בגלל שביתה של פועלים ו/או בגלל סיבה אחרת שאיננה תלויה במוכר, לא תתחיל או תופסק או לא תסתיים עבודת בניית הבית ו/או החנות במועד הקבוע לעיל, או יידחה מאליו המועד למסירת החנות באותו פרק זמן השווה לתקופת העיכוב.

...

7. תמורת כל התחייבויותיו של המוכר לפי הסכם זה מתחייב הקונה לשלם למוכר סך של -95,000 ל"י (תשעים וחמישה אלף לירות ישראליות) אשר ישולם באופן הבא:

(א) סך של -10,000 ל"י (עשרת אלפים ל"י) ישולם במעמד חתימת הסכם זה וחתימת המוכר על הסכם זה משמשת אישור וקבלה על קבלת הסך הנ"ל.

(ב) סך של -15,000 ל"י (חמישה עשר אלף ל"י) ישולם ב-26.11.71.

(ג) סך של -60,000 ל"י (ששים אלף ל"י) ישולם במעמד מכירת החנות של הקונים הנמצאת ברחוב סוקולוב 100 חולון.

(ד) סך של -10,000 ל"י (עשרת אלפים ל"י) ישולם במעמד קבלת החזקה בחנות אך לקונים זכות למסירת שטרות.

...

8. (א) מוסכם במפורש כי כל אחד מהתשלומים הנ"ל במועדו ובמלואו, הינו תנאי עיקרי ויסודי של הסכם זה והיה אם לא יעמוד הקונה באחד או יותר מהתשלומים הקבועים בחוזה זה במועדים הקבועים בהסכם זה יהיה המוכר רשאי, לאחר מתן הודעה של שבעה ימים מראש, לבטל את החוזה עם הקונה, אם יבוטל החוזה, יחזיר המוכר לקונה את כל התשלומים שקבל ממנו עד לאותה עת, חסר ההוצאות שהיו ושיהיו בקשר לביטול החוזה עד לאותה עת.

...

15. (א) במקרה ואחד הצדדים יפר הסכם זה או אחד מתנאיו העיקריים,

יהא המפר חייב לשלם לצד המקיים סך של -30,000 ל"י (שלושים אלף ל"י) בתורת פיצויים ודמי נזק והפסד שנקבעו והוערכו על ידי הצדדים מראש ולא יהא צורך בהוכחתם.

(ב) אם הקונה יהא המפר, יהיה המוכר זכאי להחרים את הסכום הקבוע בפסקא א' מהסכום אשר ישולם לו לפי סעיף 7 (א) אשר בהסכמת הצדדים ייחשב כמפקדות (פקדון?) בידי המוכר.

(ג) אם המוכר יהא המפר, ישלם לקונה את דמי הנזק וההפסד הנ"ל מיד עם הדרישה.

16. מבלי לפגוע באמור בסעיף 14 לעיל תהיה הזכות בידי הצד

המקיים חוזה זה לדרוש את ביצוע בעין ו/או כל סעד אחר שמן הצדק והיושר והדין לתיתו, כפוף לאמור בסעיף 8 (א).

2. (א) לקבלן לא הספיקה תקופה בת חמישה-עשר חודש לביצוע התחייבותו, ובסיומה, כאשר קרב מועד גמר הבנייה והגיע זמן מסירת החנות, עדיין עמד המגרש ריק בלי שנעשה בו דבר.

(ב) בא-כוחם של המערערים פנה ביום 17.8.82 במכתב לקבלן (המשיב), תוך התייחסות במשתמע לסעיף 4 (א) להסכם, אשר הסיפא שבו הכיל, כמוזכר לעיל, תנאים שהגמישו במידת מה את החיוב באשר למועד הביצוע, וכך נאמר במכתב:

"למרות ששמרת לעצמך הזכות לדחות מועד המסירה לפרק זמן בו יהיו קיימים עכובים בהתחלת הבנייה, נראה לי העכוב ללא כל פרופורציה מתקבלת על הדעת בהתחשב ביום עריכת ההסכם הנדון. אודה לך באם תואיל להעביר אלי פרטים מדוייקים על העיכובים שנתקלת בהם בהקמת וסיומו של הבניין".

בסיום המכתב הובאו התראות כמפורט להלן:

... "אני מודיע לך שאי-קיום התחייבויותיך על פי ההסכם הנדון מהווה הפרה חמורה מצדך שאין מר אלתר מסכים עמה, עם כל התוצאות הנובעות מההפרה הנ"ל, אשר תממש ביום 31.8.72 התאריך הקובע למסירת הממכר למרשי".

(ג) תשובתו של המשיב ביום 13.11.72 למכתב זה, ולמכתב נוסף ששלח בא-כוח המערערים ביום 17.10.72, מפנה לעיכובים בוועדות התכנון והבנייה, שלדבריו מנעו את תחילת הבנייה:

"ברצוני להפנותך לסעיף 4 (א) של החוזה, שם מצויין במפורש, כי אם יחול עכוב בין היתר: 'בגלל סיבה שאינה תלויה במוכר...'. אין ספק כי אלו הן סיבות שאינן תלויות בי, ולכן אין בעכוב משום הפרת חוזה. למותר

לחזור ולציין כי הזכויות של מרשך שמורות והוא יקבל את החנות המגיעה לו על פי ההסכם שבינינו, כפוף למלוי כל התחייבויותיו".

(ד) על מכתב זה לא השיבו המערערים דבר. הקבלן המשיך בקידום הבנייה על-ידי הנחת כלונסאות, ביולי 1974, נאלץ להפסיק עקב הגבלה נוספת, שהטילה הוועדה המקומית, ורק ביולי 1976 החל בבנייה ממש.

3. במאי 1974 מכרו המערערים את חנותם שברחוב סוקולוב 100 בסכום של 150,000 ל"י, ושכרו בדמי מפתח חנות אחרת ב"בית-רומנו" בתל אביב. התאריך המשותף למסירת החזקה בחנותם שנמכרה ולכניסה לחנות החדשה היה יום 1.9.74.

למרות האמור בסעיף 7(ג) לחוזה לא שילמו המערערים למשיב את הסך של 60,000 ל"י. כן לא מצאו לנכון להודיעו על אודות מכירת חנותם, וכך חלפו שלוש שנים.

4. ביום 25.10.77 שלח בא-כוח המשיב מכתב למערערים, שתמציתו היא, כי ימים מספר בלבד לפני כן נודע למשיב על מכירת החנות, עובדה שהועלמה ממנו עד כה. אי התשלום של סך 60.000 ל"י, כמתחייב מסעיף 7(ג) להסכם:

"מהווה הפרת תנאי עיקרי ויסודי... מרשי ביקשני, איפוא, להודיעכם כי הוא רואה את ההסכם בטל ומבוטל."

המערערים השיבו, במכתב מיום 3.11.77, כי הסכום האמור יועבר למשיב מייד עם התקבל הצהרה מצדו על "נכונותו לקיים את החוזה."

משלא הושגה הסכמה, הגישו המערערים תביעה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו לאכיפת החוזה למכירת החנות.

5. (א) בית המשפט קמא קבע, כי על אף האמור בהסכם לא היה המשיב חייב למסור את החנות במועד שנקבע לכך; זאת, בהסתמך על הוראת סעיף 4(א) לחוזה, ובעיקר משום שסבר, כי המערערים הסכימו להארכה בלתי מוגדרת בזמן, ולפיה מועד מסירת החנות נדחה למועד סיום הבנייה. תימוכין לדעתו מצא בעובדה, שהמערערים לא ביטלו את ההסכם ואף לא תבעו את השבת עשרים וחמישה אלף הל"י שכבר שולמו. בית המשפט קמא ציין:

"...התובע החליט לשבת על הגדר ולראות איך יפול דבר, תוך נסיון לשמור לעצמו את כל האופציות פתוחות, רק הצליח להתחמק מעימות עם הנתבע בענין התשלום עד אוקטובר 1977."

כזכור, מאז מכתבו של בא-כוח המשיב, מיום 17.10.72, ניתקו המערערים כל מגע עם המשיב וגם על מכתבו הנ"ל לא השיבו.

זו המתגבשת לפי **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)**, תשל"א-1970, אך עליו לקיים את חלקו בהסכם, כל עוד החוזה אינו בטל. הדוגמה, שמקובל לתיתה, היא זו של דייר הגר בשכירות. החיוב לשלם את שכר הדירה הוא עצמאי ואינו תלוי בחובתו של בעל הבית לשמור על תקינות המושכר (והוא כל עוד לא קובע החוזה אחרת), אפילו הפר האחרון את חובתו החוזית, עדיין חייב הדייר בתשלום השכר החוזי, כל עוד החוזה בר-תוקף.

כאשר בחיובים מותנים מדובר, תלויה חבותו של אחד הצדדים לחוזה בכך, שיקויים התנאי, בו הותלתה התגבשותו של החיוב של הצד השני (**סעיף 43(א)**) חלופה שנייה, **לחוק החוזים** (חלק כללי), תשל"ג-1973), תנאי, כאמור, יכול להיות מעשהו של הצד השני לחוזה, ויכול להיות מעשהו של צד שלישי. למשל, על-מנת שתשתכלל חבותו של פלוני לקיים את החיוב החוזי המוטל עליו, צריך הנושה לקיים תחילה את החיוב שהוא נטל על עצמו. היה ולא מילא אחר חיובו, בו הותנה חיובו של פלוני, פטור פלוני מקיומו של אותו חיוב המוטל עליו: חבותו של קונה בחוזה הספקה אינה משתכללת כל עוד לא קיבל את הסחורה המבוקשת; וזאת, כל עוד לא הוסכם אחרת בחוזה המסוים, צבעי, שהתחייב לצבוע את מכוניתו של אלמוני בצבעים שיביא לו הלה, ברור, כי עד שלא נמסרו הצבעים לידי חבותו אינה מתגבשת, כי אחריותו החוזית אינה קמה.

במובן מסוים החיובים השלובים אינם אלא סוג של חיובים מותנים, אך בשל אופיים המקביל והשלוב, יש תמיד הדדיות המעוגנת בתנאים שמילויים הוא בגדר חיוב של הצדדים לחוזה. הווה אומר, החיובים ההדדיים קיימים ותקפים, וההתנאה אינה מופנית להשתכללותו של חיוב, אלא השפעתה אך על חובת הדדיות בביצוע החיובים.

לצד קיום החיוב צמחה ההכרה בנכונות לקיים חיוב, כאחת מצורות הקיום של החיוב השלוב, כפי שנאמר:

"מקום בו על שני צדדים או יותר, לקיים חיובים מקבילים, אין האחד יכול לתבוע את רעהו בשל הפרתו של החוזה אלא אם קיים - או לפחות היה נכון לקיים - את חלקו הוא בחיובים המקבילים" (**ע"א 594/75** [1] בעמ' 680).

הנכונות לקיים חיוב, כמרכיב חלופי לקיומו של החיוב ממש, יוצרת, כאמור, את ההדדיות, שהיא תופעת לוואי הכרחית בחיובים כגון אלה; כפי שגם הוסבר **בע"א 594/75** [1] הנ"ל, באה הצבתה של הנכונות לבצע, לצד הביצוע ממש, על-מנת למנוע היווצרותו של מעגל שוטה: חבותו של הקונה לשלם מותנית בקיום חיובו של המוכר למסור את הממכר, ואילו חבותו של המוכר למסור את הממכר מותנית בקיום חבותו של הקונה לשלם, וציפיותו של האחד מקבילה לציפיותו של השני, ולעתים אף לחוסר המעש של

השניים. הפיכת הנכונות לדרך קיום חלופית יכולה לשבור את המעגל ולהוציא את מערכת היחסים ההדדית מן המבוי הסתום. עיקרו של דבר, להבדיל מחיובים מותנים רגילים, הרי נוסף כאן אלמנט חשוב, והוא, חובת קיום חיובי הצדדים בו-זמנית, בגדר "טול לי ואטול לך" באותו מעמד:

"חובת המוכר למסור את הממכר וחובת הקונה לשלם את מחירו הם חיובים מקבילים שיש לקיימם בד בבד" (סעיף 23 לחוק המכר, ההדגשה שלי - מ' ש', וראה כמו כן את סעיף 43(א)(3) לחוק החוזים (חלק כללי)).

המאפיין והמחייב חיובים שלובים בהשוואה לשאר סוגי החיובים, הוא, איפוא, חובת הקיום הבו-זמני של חיובי הצדדים: This "requires simultaneous performance of the mutual (a.l situation does not exist unless the agreement" corbin, on contracts(1960,A. 3st. Paul, vol) 19). promises מנת שתשתכלל חבותו של רעהו. בשעתו, הגדיר הלורד מנספילד מרכיבים שונים אלה של החיובים השלובים, במלים הבאות: Which are Or ;the same time)and in these, if one party was ready, and offered ..."(mutual condition to be performed at Has fulfilled his; and offered;kingston perform his, he refused, to;to perform his part, and the other neglected see also morton v. Lamb; (1797) " engagement, and may maintain an action for the other (ready who was או משולב, פונים לאותם נתונים מדריכים, בהם נעזרים בפרשנותו של החוזה, בדרך-כלל, וזה כולל, בין היתר, את מבנה החוזה וכוונת הצדדים, כפי שהיא מתפרשת מתוך לשונו של החוזה. לפי המקובל עלינו אנו דנים בזיהויה של דעת הצדדים, כביטוי בחוזה ובנסיבות העניין. מדובר על הערכת משמעותם ובירורם של הנתונים החוזיים כביטוי לדעתם ולכוונתם המוסכמת של הצדדים; מכאן ההתייחסות לאומד הדעת, כלשונו של סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), המוליך מן הגלוי אל הכוונה המשוערת. אין, כמובן, מקום להסיק, כי בית המשפט ייתן תוקף ומשמעות לכוונה נסתרת של בעל

דין שקיננה בלבו והוסתרה מרעהו ולא באה לידי ביטוי בחוזה; אומד הדעת בכגון דא הוא הסקת מסקנה, מה סוכם בין הצדדים לחוזה עובר לכריתתו ומה היו הכוונות ההדדיות שבבואתן משתקפת בהסכם.

בהקשר שלפנינו מן הראוי לשים דגש על כוונת הצדדים, כפי שהיא עולה מלשון החוזה המסוים המונח לפני בית המשפט (ע"א 195/74 [2], בעמ' 666). אך מובן, כי יקל על בית המשפט להכריז על תנאי מסוים בחוזה כ"חיוב שלוב", כאשר הצדדים טרחו והביעו כוונתם זו במפורש. קשה יותר לעשות כן כאשר בית המשפט מתבקש לקרוא לתוך הסכם תנאים שאינם מופיעים בו במפורש ולפרשו מעבר לאמור בו.

הוא שנאמר:

Fast rule for determining whether-and-there is no hard" Agree that they shall be either. If their intention is R. Sutton and Shannon, on clearly not mutual promises are dependent or independent. The parties may expressed it must be ascertained by construing the whole:" contract by the light of common sense . (1970th ed., by a.l. diamond 7london contracts (ההדגשה שלי - מ' ש').

כפועל יוצא מן האמור לעיל, יש לנהוג זהירות מיוחדת כאשר לשון החוזה אינה תומכת בפרשנות, לפיה חיוב פלוני הוא מותנה או שלוב, ואם הנימוק היחידי למתן פרשנות. כאמור, הוא ראיות ועדויות חיצוניות לחוזה, המובאות לבית המשפט על-ידי אחד הצדדים המתדיינים, ואשר שנויות במחלוקת ביניהם, בחינה בלתי זהירה עלולה להביא ליציקת תוכן חדש ומהות אחרת לחוזה, אשר אליו לא התכוונו מנסחיו.

מי שחפץ בהתניית חבותו בקיום חיובו המקביל של רעהו, ייטיב לעשות אם יאמר דברו מפורשות בהסכם ויטרח להבהיר את כוונתו האמורה.

כמוזכר כבר, לעתים עושה החוק את מלאכתם של הצדדים וקובע כלל של קיום החיובים במשולב ובמקביל. ראה [סעיף 23 לחוק המכר](#) והשווה [10 of the sale . 28Sec 1983, of goods act](#). גדר הספקות העומד לפני בית המשפט, בבואו לקבוע את מהותו של חיוב מחיובי החוזה או את טיבו של תנאי או תניה בחוזה, מוצא פתרונו על-ידי ההתייחסות לדרכי בחינה פרשניות אפשריות, אשר תמציתן גם הוצגה [בסעיף 25 לחוק הנ"ל](#). האחת, היא זו, בה מתבקש השופט להכריע בין שתי גירסאות פרשנות באשר לטיבו ומהותו

של סעיף או תנאי מסוים בהסכם שפניהן לנוסחו של הכתוב. במערכת עובדות נתונה מעין זו נחלקים הצדדים על אופן פרשנותו של אותו תנאי ומצמצמים את טיעוניהם ללשון ההסכם בלבד ולמבנהו, בלי לנסות ולתמוך את גירסתם בראיות ובעדויות חיצוניות, בדרך כלל, יהא שלב זה, אותו הייתי מכנה לצורך המקרה שלפנינו כפרשנות פנימית, שלב ראשון ואחרון גם יחד, בדרך להבנת מהותו, מטרתו ותנאיו של החוזה, לאחר שבית המשפט דחה גירסות, החיצוניות לנוסחו של החוזה, אשר לא השתכנע מהן.

מערכת העובדות הטיפוסית השנייה היא זו, בה מועלית נגד גירסת הפרשנות הפנימית, כפי שהיא עולה מנוסחו של המסמך שפרשנותו נבחנת, גירסת פרשנות המעוגנת, בעיקרה, בנתונים שהם לבר-ניסוחיים, היינו, אלה שאובים מנתונים חיצוניים; זו האחרונה נתמכת בראיות, אשר יש בהן, לדברי מי שמביאה, כדי להוליך לפרשנות שונה מזו המתבקשת לפי פשוטו של הכתוב. כאמור, אליבא דידי מועדפת דרך הפרשנות הפנימית על החיצונית, כי יש, כמובן, סיכון רב מבחינת הפרשנות הנכונה בהבאת ראיות שאינן מתורגמות, מבחינת תוצאותיהן והשלכותיהן, ללשון הכתוב בחוזה.

לאחרונה נדרש בית המשפט לדרך הפרשנות הפנימית [בע"א 702/80](#) [3], ואף במקרה האמור נחלקו הדעות באשר לפרשנותו הנכונה של תנאי בחוזה. שופטי הרוב סברו, כי המדובר בחיוב מסוג החיובים השלובים, ואילו שופט המיעוט חלק על דעתם זו. אם כך הדבר כאשר המדובר בפרשנות הפנימית של המסמך, קל וחומר שההכרעה הפרשנית תהיה קשה עוד יותר כאשר נוספים ממדים פרשניים חיצוניים למסמך. בית המשפט נוטה, בדרך כלל, ללכת אחר לשון הכתוב ולדחות את גירסת הפרשנות החיצונית המוצעת לו [\(ע"א 101/74](#) [5]; [ע"א 614/78](#) [6], בעמ' 779). כך גם עולה [מסעיף 25\(א\)](#) הנ"ל [מחוק החוזים](#) (חלק כללי), המלמד כי:

"חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות."

קיימת, כאמור, האפשרות התיאורטית, כי בית המשפט ישתכנע, כי בשלב מסוים החליטו הצדדים לשנות מנוסחו המקורי של החוזה, ולהפוך חיוב עצמאי שבו לחיוב מותנה או להיפך. הוכחתו של שינוי, כאמור, תיעשה בין בהסתמך על תיקון שנערך במסמך עצמו, ואזי יהווה הדבר ממילא חלק מפרשנותו הפנימית של המסמך, ובין בהסתמך על ראיות, החיצוניות למסמך, קרי על הנסיבות. גם המסתמך על פרשנות חיצונית מנסה, כמובן, לבסס את טענתו בשינויים מאוחרים שחלו, לדבריו, בטיבם של החיובים המקוריים, היינו, גם תיזה המעוגנת בנתונים חיצוניים חייבת להשתלב בפרשנותו של נוסח הכתוב ולכרוך את ההתפתחויות המאוחדות במה שנאמר בחוזה.

11. החלטתו של בית המשפט קמא בדין יסודה. מלכתחילה לא היו חיובי הצדדים שלובים לפי נוסחו של החוזה וגם בשלב מאוחר לא נעשו כאלה. החיוב לשלם את הסך

של 60,000 ל"י (כאמור בסעיף 7(ג) להסכם), שנטלו על עצמם המערערים, היה חיוב עצמאי, וכך גם נובע מן האמור בסעיף 8(א) לאותו חוזה. המדובר בחיוב עצמאי ובלתי תלוי בחיובו של המוכר למסור את החנות במועד מוגדר. לשון המסמך ברורה ומפורשת, והמסקנה המתחייבת מפרשנותו הפנימית של המסמך הינה אחת ויחידה. סיכומו של דבר, בראשיתה של הפרשה לא היו חיובי הצדדים חיובים שלובים כלל ועיקר.

כזכור, קבע בית המשפט קמא, כי מנסיבות העניין עולה, כי עם חלוף המועד למסירת החנות, יום 31.8.72, הוסכם בין הצדדים בשתיקה על הארכת מועד המסירה עד למועד הבלתי ידוע בו יקום הבניין ויעמוד על תילו והגיונו של מימצא זה - עמו. בדומה, נאמר בע"א 283/81 [7], בעמ' 666:

"אם הנפגע אינו מוסר את הודעת הביטול תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה, כי אז מאבד הוא את זכותו זו, והחווה נשאר בתוקף, אך גם אז מותר לו לתת למפר ארכה למילוי החווה".

כך גם אירע במקרה שלפנינו כאשר המערערים, משיקוליהם הם, בחרו להמשיך ולקיים את החווה ולהתעלם מחלוף המועד שנקבע למסירת החנות.

לא נעשה דבר וחצי דבר על-ידי המערערים על-מנת להפוך את החיוב בתשלום, בו חבו עדיין, מחיוב עצמאי לחיוב התלוי ומשולב במועד מסירת החנות. במשך תקופה של כחמש שנים מיום קבלת מכתבו של בא-כוח המשיב, מיום 3.11.72, שתקן המערערים ולא הודיעו על ביטול ההסכם, כנדרש בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). בתקופה ארוכה זו הספיקו למכור את חנותם, בלי שיודיעו על כך למשיב, וכפי שקבע בית המשפט קמא, בלי שהלה ידע על מכירת החנות.

בנסיבות אלה, קשה לקבל את טענתם, כי חיובים שהיו עצמאיים במקורם שינו את טיבם והפכו לשלובים, המשיב לא ידע על מכירת החנות וממילא לא יכול היה להסכים לעיכוב בתשלום השלישי או לשילובו בתנאי אחר. המערערים מנסים להעמיד כנגד פרשנות ברורה ובהירה של המסמך גירסה נוגדת, ממנה אמורה להשתמע הסכמת המשיב לשינוי בטיבם של החיובים. משנדחתה גירסתם זו, ומשקבע בית המשפט קמא, כי הוא מאמין למשיב, כי כלל לא ידע על מכירת החנות, נותרה רק הטענה, שאינה נתמכת בשיקולי סבירות, כי דחיית המועד למסירת החנות הייתה כפופה מלכתחילה ועל אף שלא נאמר דבר וחצי דבר לתנאי משתמע של דחייה מקבילה בתשלום, בו התחייבו המערערים.

זאת לא ניתן להסיק משתיקתם הארוכה של המערערים. המערערים בחרו, כדברי בית המשפט קמא, "לשבת על הגדר" ולהשאיר בידיהם את כל האופציות הפתוחות. כזכור, לא ביטלו את החווה ולא דרשו השבת הסכומים שכבר שילמו למשיב. החווה נשאר,

איפוא, בעינו, על חיוביו המקוריים, בכפוף לשינוי מועד מסירת החנות. דבר זה משתמע מעצם קיום ההסכם בידי המערערים, ועל כך כבר דובר לעיל. הימנעות המערערים מן העמידה בהתחייבותם, לפי סעיף 7(ג) להסכם, מהווה איפוא הפרה יסודית של ההסכם, לאור מה שנאמר בו מפורשות. כאמור בסעיף 8(א) להסכם, קמה למשיב, במקרה זה, הזכות לבטל את ההסכם, כך עשה וביטול ההסכם נעשה כדין.

עוד יש להוסיף, כי הימנעותם של המערערים מלהודיע למשיב על מכירת החנות, גם אינה יכולה להיחשב כהתנהגות בתום-לב, כנדרש. למשיב נודע, אמנם, הדבר רק לאחר חלוף שלוש שנים, אשר בתחילתן היה זכאי לקבל את הסך של ששים אלף ל"י, ולא ידע כלל על התגבשות זכותו זו. בנסיבות אלה בוודאי לא תישמע מפי המערערים הטענה, כי עמידת המשיב על תשלום במועדו או ביטול ההסכם על ידי אינם התנהגות בתום-לב (השווה ע"א 701/79 [8]. ראה גם ע"א 158/80 [9], בעמ' 811 מול האות ז). כן אין לומר כי סטיית המערערים מקיום התחייבותם הייתה סטייה שבתום-לב, המתבקשת מסיבות העניין. סברה זו מוכן הייתי לקבל, לו פעלו המערערים בגלוי, תוך נסיון להעמיד את המשיב על השינוי בחיובים המקוריים, המתבקש והמתחייב, לדעתם, זאת לא עשו, ובמקום זאת בחרו בשתיקה ארוכה, שהחלה ב-3.11.72 ונסתיימה עם מכתבו של המשיב מיום 25.10.77. שתיקה אינה הופכת חיובים עצמאיים לחיובים שלובים.

12. הערעור נדחה. המערערים יישאו בשכר טרחת עורך-דין, בלוויית הצמדה וריבית, בסך 100,000 שקל. צו המניעה, אשר על המשך קיומו הוחלט לפי בקשת המערערים בב"ש 1014/84, מגיע אף הוא אל קיצו.

השופט א' ברק: 1. הקונה התחייב, כי עם מסירת החנות לפלוני, הוא ישלם סכום של 60,000 ל"י למוכר. התחייבות זו עצמאית היא, ואין היא מותנית או שלובה בחיוב כלשהו של המוכר. בהתחייבות זו לא עמד הקונה. הפרתו היא יסודית, וכדין ביטל המוכר את החוזה. על-כן מקובלת עליי דעתו של הנשיא, כי דין הערעור של הקונה להידחות.

2. טענתו של הקונה היא, כי חובתו שלו לשלם למוכר שלובה היא בחובתו של המוכר להעביר את הממכר לקונה. כפי שהראה חברי, אין לטענה זו בסיס בנסיבות העניין שלפנינו. חיוב עצמאי יכול שיהפך לחיוב שלוב בשתי דרכים: האחת, אם בשעת כריתת החוזה, וכחלק ממנו, נקבעות נסיבות, שיש בהן להביא לידי כך, שחיוב עצמאי ישתלב בחיוב אחר; האחרת, אם לאחר כריתת החוזה נעשה בין הצדדים חוזה חדש, שיש בו כדי להפוך חיוב עצמאי (בחוזה הישן) לחיוב שלוב, בעניין שלפנינו לא נתקיימו דרכים אלה. החוזה המקורי, על-פי פירושו הנכון, אינו כולל כל הוראה אשר מאפשרת הפיכתו של חיוב עצמאי לחיוב שלוב, ואין כל חוזה חדש בין הצדדים, שניתן לעגן בו שינוי הסדריו של החוזה הישן. מן הראוי להוסיף ולציין, כי, לעתים, חיוב היה ונשאר

עצמאי באופיו, אך דרישת תום הלב שוללת מהנושה את כוחו לעמוד על ביצוע עצמאי (ראה [ע"א 701/79](#) [8]). אף אפשרות זו אינה מתקיימת בעניין שלפנינו.

3. חברי הנכבד מבחין בין חיובים עצמאיים, מותנים ושלובים. על-פי גישתו, חיוב שלוב הוא חיוב מותנה, שהתנאי בו הוא שיש לבצעו, או להיות נכון לבצעו, בו זמנית עם החיוב האחר. מבקש אני להשאיר הבחנות אלה בצריך עיון, שכן הן מעוררות שאלות קשות, אשר הכרעה בהן אינה נחוצה לצורך הערעור שלפנינו. כך, למשל, בוודאי שאין לומר, כי חיוב שלוב הוא חיוב המותנה בתנאי מתלה בו-זמני, שכן תנאי מתלה, על-פי דעה אחת, שולל כניסתו לתוקף של החיוב, ואילו חיוב שלוב מניח חיוב בעל תוקף. כמו כן מבקש אני להשאיר בצריך עיון את השאלה, אם חוסר נכונות לקיים חיוב שלוב שולל את השתכללותו של זה. כידוע, קיימת השקפה - המקובלת, למשל, בפרשנות של ה-b.g.b הגרמני - כי חוסר נכונות לקיים חיוב שלוב מהווה אך טענת הגנה טובה (להבדיל ממניעת השתכללות). על-פי גישה זו, אין גם לראות בנכונות לקיים חיוב שלוב משום התנהגות השקולה כנגד קיום חלופי. לבסוף, חברי מבחין בין "פרשנות פנימית" לבין "פרשנות חיצונית". אף הבחנה זו מעוררת בעיות קשות ביותר, ומבקש אני להשאיר בצריך עיון.

השופט א' גולדברג: אני מסכים כי דין הערעור להידחות, שכן בנסיבותיו של המקרה, כפי שפירט הנשיא הנכבד בפסק-דינו, לא יכול להיות ספק, כי אין בחוזה חיוב שלוב, אף אין כל ראייה, כי הצדדים היתנו אחרת לאחר החתימה על החוזה. הוחלט כאמור בפסק-דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ"א סיוון תשמ"ד (21.6.84).

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)

