



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3849/09

ע"א 4087/09

לפני: כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט ע' פוגלמן

המערערת בע"א 3849/09 הר נשגב השקעות בניה ופיתוח בע"מ
והמשיבה בע"א 4087/09 :

נ ג ד

המשיבים בע"א 3849/09 1. ברוך ובר
והמערערים בע"א 4087/09 :
2. אורנה ובר

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
מיום 17.03.2009 בתיק ה"פ 2057/02 שניתן על ידי השופט
י' טימור

תאריכי הישיבות: ה' בניסן התשע"ב (28.03.2012)
כ"ו בתמוז התשע"ב (16.07.2012)
כ"ד בכסלו התשע"ד (27.11.2013)

בשם המערער: עו"ד אפרים פרומוביץ, עו"ד בלפור קויתי, עו"ד רפי קויתי
בשם המשיבים: עו"ד שלמה ובר, עו"ד תומר טולדאנו

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו שני ערעורים המופנים כנגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
(השופט י' טימור) שניתן ביום 17.3.2009 בה"פ 2057/02, במסגרתו התקבלה באופן חלקי
תביעת המערערים בע"א 4087/09 ונקבע כי המערערת בע"א 3849/09 הפרה את חוזה המכר
שנכרת בין הצדדים הפרה יסודית, מכיוון שלא השלימה את פעולות הרישום בחלוף שנים
רבות. מנגד, נדחתה תביעת הרוכשים להורות על אכיפת החוזה בדרך של מינוי כונס נכסים
מטעמם שישלים את הליכי הרישום. הערעורים מעוררים מספר שאלות בנוגע להיקף
התחייבותו של קבלן כלפי רוכשי דירות בכל הנוגע לרישום זכויותיהם בדירות ובנוגע
ליכולתו של הקבלן לסייג ולהתנות התחייבות זו בדרכים שונות.

1. חברת הר נשגב השקעות בניה ופיתוח בע"מ (להלן: חברת הר נשגב או החברה) הינה חברה קבלנית שרכשה בשנת 1994 מגרש בעיר באר שבע ששטחו כ-1,338 מ"ר, הידוע כגוש 38079 חלקה 18 תת חלקה 45, ושעליו היה בנוי באותה עת בית קולנוע (להלן: המגרש או בית הקולנוע). בית הקולנוע שימש חלק ממרכז מסחרי בשם "בית גילת", אשר כלל שלושה מבנים נפרדים שנבנו בצורה האות "ח" ואשר השתרע על פני כל חלקה 18 בשטח כולל של 5,872 מ"ר (להלן: המרכז המסחרי או חלקה 18 או המקרקעין, בהתאם להקשר). המרכז המסחרי כלל, מעבר למבנה בית הקולנוע, שורת חנויות חד-קומתיות צמודות זו לזו בשני המבנים הנוספים למבנה בית הקולנוע. על אף שהמרכז המסחרי הורכב משלושה מבנים נפרדים, הוא נרשם בפנקס הבתים המשותפים כבית משותף אחד הכולל 48 יחידות, כשבעלי בית הקולנוע החזיקו ביחידה אחת שאליה הוצמדו כ-48% מהזכויות ברכוש המשותף ואילו בעלי היחידות הנוספים במקרקעין החזיקו יחד ביתר היחידות שאליהן הוצמדו כ-52% מהזכויות ברכוש המשותף. חברת הר נשגב רכשה, כאמור, רק את החלק במקרקעין שעליו עמד בית הקולנוע (דהיינו יחידה אחת מתוך 48 יחידות בבית המשותף), ולא את כל שטח המקרקעין שעליו עמדו שלושת המבנים של המרכז המסחרי.

2. ביום 16.11.1994 התקיים דיון לפני ועדת המשנה לתכנון ובניה בבאר שבע, ובמסגרתו ביקשה החברה לאשר תשריט חלוקה, לפיו חלקה 18 תפוצל לשתי חלקות (חלקה 103 שעליה ניצב בית הקולנוע ושעליה התעתדה החברה להקים בניין, וחלקה 102 שעליה ניצבו שני המבנים הנוספים). בתום הדיון קיבלה ועדת המשנה החלטה להמליץ לוועדה המחוזית לאשר את תשריט החלוקה. ביום 23.10.1994 אושרה להפקדה תכנית שיזמה החברה שמספרה 188/5 במ/188 (להלן: התכנית), המתייחסת לחלקה 103 (העתידי), שמטרתה ליצור אזור משולב לצורכי מגורים ומסחר "על ידי שינויים ביעודי הקרקע וקביעת הנחיות ומגבלות בניה". בהמשך ביצעה החברה פרסומים בדבר הפקדת התכנית בילקוט הפרסומים, בעיתונות ובלוחות מודעות במתחם, כנדרש על פי דין. ביום 15.6.1995 ניתן היתר להריסת בית הקולנוע, וביום 1.10.1995 ניתן היתר על פי התכנית לבניית בניין בן 12 קומות על חלקה 103 ובו 273 יחידות דיור ומסחר (להלן: הבניין). בהתאם לתכנית ולהיתר הרסה החברה את בית הקולנוע ועל הריסותיו בנתה את הבניין. הבניה הסתיימה כשנה לאחר הוצאת ההיתר, וביום 29.10.1996 ניתן אישור לאכלוס הבניין.

3. ביום 22.4.1996 נכרת חוזה מכר בין חברת הר נשגב לבין בני הזוג ברוך וארנה ובר (להלן: הרוכשים), בנוגע לאחת מהדירות בבניין (להלן: החוזה). החברה התחייבה במסגרת החוזה למסור את החזקה בדירה לידי הרוכשים, כשהיא ראויה למגורים, בתוך שמונה עשר

חודשים ממועד חתימת החוזה, וזאת בתנאי שהרוכשים ימלאו מצידם את כל התחייבויותיהם כלפי החברה במלואן, לרבות תשלום מלוא התמורה בהתאם למועדים שנקבעו בחוזה (סעיף 3(א) לחוזה). הרוכשים הצהירו במסגרת החוזה, בין היתר, כי "ראו את המגרש ובדקו את כל הזכויות הקשורות במגרש וכי ידוע להם כי המגרש או הבית מהווים אך חלק ממתחם המקרקעין [ה]רשום בפנקס הבתים המשותפים ביחד עם מבנים אחרים" (סעיף 4(א)(1) לחוזה). בנוסף הצהירו הרוכשים במסגרת החוזה כי "ידוע להם כי על מנת לרשום זכויות הבעלות בדירה בטאבו על-שם, יש צורך תחילה בביצוע חלוקה (פרצלציה) ותיקון ושינוי צו הרישום הקיים ולרשום את הבית כבית משותף ואת הדירה כיחידת רישום נפרדת בבית המשותף על-פי החוק בפנקס הבתים המשותפים" (הרישא לסעיף 11(א) לחוזה). החברה התחייבה כי "רישום הזכויות כאמור ייעשה ע"י המוכרת מוקדם ככל האפשר ובתוך כשנה ממועד מסירת החזקה בדירה לידי הרוכשים" (הסיפא לסעיף 11(א) לחוזה). לצד כל זה, נאמר בחוזה כי "מוסכם בזה בין הצדדים כי על אף האמור בהסכם זה, אם יידחה תאריך המסירה ו/או תאריך רישום הזכויות בדירה ע"ש הרוכשים בטאבו, למשך תקופה שבה יהיו עיכובים, הפרעות או קשיים בביצוע הבניה או בטיפול ברישום כתוצאה מנסיבות שאינן בשליטתה של המוכרת, ובכלל זה, גשמים, גיוס, מצב מלחמה, מעשי תחיקה, פעולות חלוקה איחוד חלקות והפרדה וסיבות אחרות כיוצא באלה. דחיה כזו בתאריך המסירה ו/או בתאריך הרישום לא תהווה עילה לאכיפת הסכם זה או לפיצויים" (סעיף 20(א) לחוזה).

4. אין מחלוקת כי הרוכשים עמדו בהתחייבויותיהם ושילמו את מלוא התמורה עד לחודש ינואר 1997 בהתאם לחוזה. אין גם מחלוקת שהחברה עמדה בהתחייבותה בהתאם לסעיף 3(א) לחוזה ומסרה את החזקה בדירה לידי הרוכשים בחודש פברואר 1997, ובסמוך למועד זה נרשמה לטובתם הערת אזהרה בלשכת רישום המקרקעין על הבעלות הרשומה של החברה במקרקעין.

5. ביום 19.4.1998 פנה בא-כוח הרוכשים במכתב לבא-כוח החברה, במסגרתו ציין כי בחלוף למעלה משנה ממועד מסירת החזקה בדירה טרם נרשמו הזכויות בדירה על שם הרוכשים, וביקש להודיעו בחוזר מתי בכוונת החברה לרשום את הזכויות בדירה על שם הרוכשים. עוד צוין במכתב כי אי-רישום הזכויות בדירה גורם לרוכשים לנזקים. בא-כוח החברה השיב במכתב מיום 23.4.1998, בו ציין כי הערת אזהרה לטובת הרוכשים נרשמה ביום 31.1.1997, כי ההליכים לרישום הבניין כבית משותף נמצאים בעיצומם, וכי עם סיומם המוערך בעוד כשישה חודשים יירשמו זכויות בעלות בדירה בהתאם לחוזה.

6. בחלוף כארבע שנים, ביום 10.2.2002, שב בא-כוח הרוכשים ופנה במכתב לבא-כוח החברה. במכתב צוין כי בחלוף ארבע שנים הדירה טרם נרשמה על שם הרוכשים, וכי מדובר

במחדל אשר מהווה הפרה יסודית של חוזה המכר ואשר גורם לרוכשים נזקים ועוגמת נפש מרובה. המכתב הסתיים בדרישה לרשום את הזכויות בדירה על שם הרוכשים תוך חמישה עשר יום ובקבלת הסבר בנוגע לגורם המונע את רישום הדירה. לאחר שמכתב זה לא נענה ולאחר שהזכויות בדירה לא נרשמו גם בחודשים שלאחריו, הגישו הרוכשים ביום 5.6.2002 תובענה בדרך של המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי בבאר שבע. במסגרת התובענה ביקשו הרוכשים את הסעדים הבאים: ראשית, ליתן סעד של אכיפת החוזה ולהורות לחברה לרשום את הבניין כבית משותף ולרשום על שמם את הדירה שרכשו בבניין כיחידה בבית משותף. שנית, למנות את בא-כוח הרוכשים ככונס נכסים לצורך ביצוע פעולות הרישום. שלישית, ליתן צו הצהרתי לפיו הפרה החברה הפרה יסודית את החוזה שנכרת בין הצדדים. לבסוף, ליתן לרוכשים היתר לפיצול סעדים, על מנת לתבוע את נזיקיהם במועד מאוחר יותר לאחר שאלו יתגבשו במלואם.

7. חברת הר נשגב טענה להגנתה כי קיימה את התחייבויותיה על פי חוזה המכר, וכי פעלה ללא לאות וללא הפסקה, מיד לאחר אכלוס הדירות בבניין, לרישום הפרצלציה בפנקס המקרקעין ולרישום הבניין כבית משותף בפנקס הבתים המשותפים. החברה טענה כי היא פעלה ועודנה פועלת ביעילות לשם ביצוע הרישום, וכי לשם כך היא ניהלה ועדיין מנהלת הליכים שונים לפני לשכת רישום המקרקעין, ועדות התכנון והבניה ובתי המשפט. בין היתר, ציינה החברה כי בסמוך לאחר השלמת בניית הבניין ואכלוסו היא הגישה בקשה למפקחת על רישום המקרקעין בבאר שבע לתיקון צו רישום הבית המשותף, באופן שרוכשי הדירות בבניין יירשמו בפנקס הבתים המשותפים בהתאם לזכויות שרכשו בבניין, וכי ביום 10.9.1998 ניתנה החלטת המפקחת שסירבה לאשר את הבקשה. החברה ציינה כי המפקחת נימקה את דחיית הבקשה בנימוק שעל פי חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) לא ניתן להצמיד חלק מסוים מהרכוש המשותף ליחידה מסוימת אלא בהסכמת כל בעלי היחידות בבית המשותף, וכי בקשת החברה כוללת הצמדה של הגג המשותף לחלק מסוים במקרקעין וכוללת גם מימוש זכויות בניה. החברה ציינה כי בעקבות החלטה זו היא הגישה בקשה נוספת למפקחת, ובה ביקשה למסור הודעות לבעלי הזכויות במקרקעין בדבר הבקשה לתיקון צו הרישום בדרך של תחליף המצאה, לרבות פרסום מתאים בעיתונות והדבקה על גבי הדלתות, וזאת לנוכח הקושי הניכר באיתור בעלי הזכויות במקרקעין. החברה ציינה כי גם בקשה זו של החברה נדחתה על ידי המפקחת, בנימוק שאין לראות בהיעדר התנגדות משום הסכמה לתיקון צו הרישום. לטענת החברה, בעקבות החלטות המפקחת היא "שינסה מותניה", נקטה בהליכים משפטיים שונים ופנתה לגורמים שונים במרכז המסחרי על מנת לאתר את בעלי הזכויות במקרקעין לצורך קבלת הסכמתם לשינוי הרישום, אך טרם עלה בידיה לעשות כן [לפירוט בעניין ההליכים המשפטיים בהם נקטה החברה – חלקם הקטן לפני

שהוגשה תביעת הרוכשים ורובם לאחר הגשתה ובמקביל להתדיינות בה – ראו פסקאות 21-13 להלן].

8. בנוסף טענה החברה כי היא יידעה את הרוכשים מראש בדבר המצב המשפטי והתכנוני המורכב והייחודי שנוצר במקרקעין הנדונים, וכי מרגע שהרוכשים ידעו במועד כריתת החוזה על המצב התכנוני הם מושתקים מלהעלות טענה כנגד החברה בעניין הרישום. החברה טענה כי העיכוב ברישום הדירות נובע אך ורק מגורמים אובייקטיביים שונים שאינם בשליטתה, ומשכך הפנתה החברה לסעיף 20(א) לחוזה הקובע כי עיכוב ברישום לא יהווה עילה לסעדי אכיפה או פיצויים. אשר לסעד האכיפה ולסעד של מינוי כונס נכסים שביקשו הרוכשים, טענה החברה כי סעדים אלו אינם מתאימים בנסיבות העניין, כשממילא החברה הוכיחה שהיא פועלת כמיטב יכולתה לביצוע הרישום.

9. בתגובה לטענת החברה כי העיכוב ברישום נובע מגורמים שאינם בשליטתה, טענו הרוכשים כי המניעה הקיימת ברישום הבניין נעוצה בצורך לקבל את הסכמת יתר בעלי הזכויות במקרקעין לחלוקה, וכי צורך זה קבוע בחוק והוא בוודאי אינו בגדר "כוח עליון" שמונע מהחברה לקיים את התחייבותה. עוד טענו הרוכשים כי החברה ידעה עוד בשלב ההליכים לקבלת היתר בניה, כי קבלת הסכמת יתר בעלי הזכויות במקרקעין צפויה להיות בעייתית במיוחד במקרה זה, אך עובדה זו לא מנעה ממנה להתקשר עם הרוכשים בחוזה ובמסגרתו להתחייב להשלים את הרישום בתום כשנה ממועד מסירת הדירות. נטען כי היה על החברה ליידע את הרוכשים כי למרות הוראות חוק המקרקעין ולמרות החלטות הועדה המקומית שהתנתה את מתן היתר הבניה בקבלת הסכמות בעלי המקרקעין, אין בידיה הסכמות כאלה ואף אין בכוונתה לטרוח ולהשיגן בפרק זמן סביר. נטען כי בכל פעולותיה וניסיונותיה של החברה, אשר נעשו בדיעבד ובאופן רשלני, לא היה כדי להביא למזור למחדלה בהשגת הסכמת בעלי היחידות במקרקעין. לפיכך נטען כי מדובר בהפרה יסודית של החוזה, וכי אין לדעת מתי תצליח החברה להסיר את כל המכשולים ולהשלים את הליך הרישום.

10. הדיונים בתובענה שהגישו הרוכשים לבית המשפט המחוזי התקיימו בשנת 2005, ובמהלכם נחקרו עדי הצדדים על תצהיריהם. סיכומי הצדדים הוגשו בסוף שנת 2005. עם זאת, בית המשפט המחוזי נעתר לבקשת החברה ועיכב את המשך ההליכים בתובענה עד למיצוי הדיון בהליכים משפטיים אחרים שניהלה החברה בניסיון לפתור את סוגיית הרישום (הליכים אשר יפורטו להלן). ההליכים המשפטיים שניהלה החברה התארכו ונמשכו מספר שנים. הרוכשים הגישו לאורך הדרך מספר בקשות למתן פסק דין חלקי המתייחס לחלק מהסעדים שביקשו, אך בית המשפט דחה את הבקשות הללו. בחלוף למעלה משלוש שנים

שבו הרוכשים והגישו בקשה למתן פסק דין חלקי. בהחלטה מיום 24.2.2009 נקבע התיק לדיון במעמד הצדדים, תוך המלצה לצדדים לנסות להגיע להסדר מוסכם. ביום 9.3.2009 התקיים דיון במעמד הצדדים בבית המשפט המחוזי, ובו נעשה ניסיון נוסף לפשר ביניהם. ניסיון זה נכשל, ובא-כוח הרוכשים ביקש כי יינתן פסק דין בתובענה. מפרוטוקול הדיון עולה כי למרות שחלפו כשלוש שנים ממועד הגשת הסיכומים (בשלהי שנת 2005), באי-כוח הצדדים לא ביקשו להוסיף על סיכומיהם והסכימו שפסק הדין יינתן על יסוד החומר שבתיק. בסמוך לאחר מכן, ביום 17.3.2009, ניתן פסק הדין נשוא הערעורים שלפנינו. עם זאת, בטרם יובאו קביעותיו של בית המשפט המחוזי בפסק הדין, ראוי לעמוד על עיקרי ההליכים המשפטיים הנוספים שהתנהלו בערכאות השונות בשנים 2002-2009.

תמצית ההליכים המשפטיים השונים שהתנהלו בנוגע למקרקעין

(א) העתירה המנהלית שהגישו חלק מבעלי החנויות

11. בשנת 2004 פנו חלק מבעלי הזכויות במקרקעין שיוצגו על ידי עו"ד קמינצקי (להלן: בעלי החנויות) לוועדה המקומית בבקשה לביטול היתר הבניה שניתן ביום 1.10.1995. ביום 14.7.2004 התקיים דיון לפני ועדת המשנה בו נשמעו טיעוני בעלי החנויות, ובתום הדיון נדחתה הבקשה לביטול ההיתר. בעלי החנויות הגישו ביום 20.9.2004 ערר על החלטת הוועדה המקומית. ועדת הערר דחתה את הערר בהחלטה מיום 18.11.2004, וציינה כי בהתאם לתורת הבטלות היחסית אין לבטל היתר בניה שניתן בשנת 1995 ושמוכחו נבנה בניין ואוכלס. בעלי החנויות הגישו עתירה לבית המשפט המחוזי [עת"מ 358/04 מ"ר נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה], במסגרתה עתרו כנגד החלטת ועדת הערר מיום 18.11.2004, וביקשו להורות על ביטולם של התכנית, של תשריט החלוקה ושל היתר הבניה שהוצא מכוח התכנית. בעלי החנויות טענו בעתירה כי אין שיהוי במקרה זה, מכיוון שרק בחודש נובמבר 2003 נודע להם שהבניין נבנה בחלקו על רכוש משותף, וזאת בעקבות הליכים משפטיים שפתחה החברה למתן צו הצהרתי לתיקון צו הבית המשותף. בפסק דין מיום 14.4.2005 דחה בית המשפט המחוזי (השופט ר' אבידע) את העתירה המנהלית, ככל שהיא מתייחסת לביטול התכנית, וקבע כי אפילו אם ייאמר כי אין כאן שיהוי סובייקטיבי מצד העותרים, הרי שבחלוף שנים רבות ממועד סיום הבניה ואכלוס הבניין ישנו שיהוי אובייקטיבי שאינו מאפשר בנסיבות אלה לקבל את העתירה ולהחזיר את המצב לקדמותו. בית המשפט המחוזי קבע כי באיזון שבין עניינם של העותרים לבין עניינם של הדיירים בבניין החדש גובר בבירור עניינם של האחרונים. לבסוף דחה בית המשפט המחוזי את טענת העותרים כי בנסיבות העניין נגרמה פגיעה חמורה בשלטון החוק אשר מצדיקה את ביטול

הליכי התכנון בדיעבד, חרף הזמן הרב שעבר מאז אישורם וחרף העובדה שהבניין נבנה בפועל.

12. דעתם של בעלי החנויות לא נחה והם הגישו ערעור לבית משפט זה [עע"ם 4768/05 מרי נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז הדרום]. בפסק דין מיום 29.3.2006 דחה בית משפט זה (השופטים א' פרוקצ'יה, א' לוי, א' רובינשטיין) את הערעור, בקובעו כי בנסיבות העניין מתקיימים מרכיבי השיהוי הסובייקטיבי והאובייקטיבי גם יחד. בפסק הדין נקבע כי הבניין נבנה על הריסותיו של בית הקולנוע ועל חלק מהרכוש המשותף של הבית המשותף, אולם בעלי החנויות "שקטו על השמרים" במשך כשמונה שנים רצופות, במהלכן צפו בהתקדמות הבניה ושינוי מצב התכנון בשטח מבלי לבדוק את השלכותיהם על זכויותיהם, וכי בנסיבות העניין מדובר בשיהוי סובייקטיבי. אשר לשיקול השיהוי האובייקטיבי, נקבע כי אין ספק שמתקיים בשטח מצב חדש, כשמאות צדדים שלישיים רכשו בתום לב ובתמורה זכויות בבניין החדש, אשר כלל לא צורפו כמשיבים לעתירה ואשר זכויותיהם עלולות להיפגע באם יינתן הסעד המבוקש בעתירה שמשמעותו ביטול הליכי התכנון והפיכת הבניין והחזקה בו לבלתי חוקיים. לפיכך נקבע כי באיזון שבין הצדדים בנסיבות העניין, הכף נוטה בבירור לטובת הותרת המצב הקיים והימנעות משינויו. בנוסף נקבע כי מכיוון שעיקר טענותיהם של בעלי החנויות כנגד הליכי התכנון נסב על פגיעה בזכויותיהם הקנייניות ברכוש המשותף במתחם המרכז המסחרי, הרי ש"פתוח בפניהם ערוץ התביעה הקניינית כנגד [חברת הר נשגב] במטרה לקבל את שווה-הערך הכספי לזכויותיהם שנפגעו, אם ובהנחה שיוכיחו זכויות אלה ואת היקף הפגיעה בהן". למען שלמות התמונה יוער כי בקשת בעלי החנויות לקיים דיון נוסף בפסק הדין בערעור [דנ"מ 3186/06] נדחתה על ידי השופט א' ריבלין ביום 4.5.2006.

(ב) בקשת החברה לתיקון צו רישום הבית המשותף

13. החברה הגישה בשנת 1998 בקשה לתיקון צו רישום הבית המשותף למפקחת על רישום המקרקעין בבאר שבע (להלן: המפקחת), במסגרתה ביקשה למחוק את היחידה בבית המשותף שעליה עמד בעבר בית הקולנוע (ואשר, כאמור, הייתה אחת מ-48 יחידות בשלושה מבנים נפרדים שהרכיבו את המרכז המסחרי ושנרשמו כולן כבית משותף אחד) ולרשום במקומה 273 יחידות. ביום 10.9.1998 ניתנה החלטת המפקחת (עו"ד א' יעקב) שדחתה את הבקשה. המפקחת קבעה כי מאחורי בקשת התיקון עומדת בניה נוספת שבוצעה בבית המשותף, וכי בבניה זו נוספו קומות ושטחים. המפקחת קבעה כי לבית לא נרשם תקנון מוסכם, ומשכך חלות עליו הוראות התקנון המצוי והוראות סעיף 62(א) לחוק המקרקעין, אשר קובע שאין להצמיד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית אלא בהסכמת כל

בעלי הדירות. נקבע כי בקשת החברה כוללת "הצמדה" של הגג המשותף לחלק מסוים במקרקעין וכוללת גם מימוש זכויות בניה. משכך, קבעה המפקחת שלא ניתן לפעול לתיקון הצו מבלי שתתקבל הסכמת כל בעלי היחידות במרכז המסחרי בהתאם לסעיף 62(א) לחוק המקרקעין.

14. בשנת 2004 הגישה החברה למפקחת בקשה נוספת לתיקון צו רישום הבית המשותף. בהחלטה מיום 24.2.2004 שבה המפקחת ודחתה את הבקשה, תוך שהיא מפנה לנימוקי החלטתה מיום 10.9.1998. בנוסף קבעה המפקחת כי בבקשה יש משום "הצמדת" הגג המשותף שהיה והגגות המשותפים שנוצרו ומימוש זכויות בניה בפועל, אשר אין לרשום אותן אלא בהסכמת כל בעלי הדירות בבית המשותף.

15. החברה הגישה ערר על החלטת המפקחת לממונה על המרשם. בעלי החנויות שיוצגו על ידי עו"ד קמינצקי הגישו תגובה מפורטת לערר, ובה התנגדו לסעד המבוקש על ידי החברה. בהחלטה מיום 6.9.2004 דחתה הממונה על המרשם (עו"ד ח' הלברייך) את הערר. בהחלטת הממונה צוין כי מהותו של התיקון המבוקש הינה ביטול היחידה עליה נבנה בית הקולנוע בשלוש קומות ולרשום במקומה 273 יחידות חדשות הבנויות ב-12 קומות, כי לבקשה לא צורפו הסכמות יתר בעלי הזכויות בבית המשותף, וכי לבית המשותף אין תקנון מוסכם ולכן חלות עליו הוראות התקנון המצוי. הממונה קבעה כי הליך תיקון צו הינו בעיקרו הליך מינהלי, ולכן בהיעדר הסכמת יתר בעלי הזכויות בבית ובהעדר הוראה מפורשת בתקנון מוסכם, אין להתיר רישומן של מאות יחידות משנה תחת יחידת משנה אחת רשומה לבקשת בעלת הזכויות באותה יחידת משנה. בנוסף קבעה הממונה כי בניית מאות יחידות משנה במקום יחידת משנה אחת הינה "הצמדה" בפועל של שטח הגג, ולכן יש צורך בהסכמת יתר בעלי הזכויות בבית המשותף בהתאם לסעיפים 55 ו-62 לחוק המקרקעין. הממונה דחתה את טענת החברה כי היעדר התנגדות מצד יתר בעלי הזכויות בשלב מתן היתר הבניה או בשלבי הבניה השונים כמוה כהסכמה מכללא לבקשה. נקבע כי בנסיבות העניין – כאשר נגרע שטח מהרכוש המשותף ובוצעה בניה נרחבת בו – לא ניתן ללמוד מהיעדר התגובה של יתר בעלי הזכויות במקרקעין להודעת הועדה המקומית אודות בקשת היתר הבניה על הסכמתם לכך שחלקים נרחבים של הרכוש המשותף ייגרעו לצורך תוספת של מאות יחידות משנה. בנקודה זו ציינה הממונה כי לבקשת התיקון הוגשה התנגדות מצד 73 מבעלי הזכויות במקרקעין, שהינם בעלי הזכויות ב-23 חנויות, וגם בכך יש כדי להעיד על היעדר הסכמה לתיקון המבוקש. לבסוף דחתה הממונה את טענת החברה כי בקשת התיקון משקפת נאמנה את המצב העובדתי בשטח וכי ראוי ליתן לו ביטוי במרשם המקרקעין. נקבע כי אכן ראוי שמרשם המקרקעין ישקף נכונה, ככל האפשר, את מצבו הפיזי של הבית המשותף מחד, ואת זכויות הקניין הקיימות בחלקיו השונים מאידך, אולם לשם כך יש להוכיח את הזכאות לרישום

השינוי בזכויותיהם של בעלי הזכויות בבית המשותף טרם אישור הבקשה לרישום. עוד נקבע כי קבלת הבקשה עלולה לגרום לפגיעה בזכותם הקניינית של בעלי הזכויות המתנגדים, אשר אינה נופלת בחשיבותה מהצורך לשקף את המצב הפיזי הקיים.

16. החברה הגישה ערעור על החלטת הממונה על המרשם לבית המשפט המחוזי בבאר שבע [ע"א 1173/04 הר נשגב השקעות בניה ופיתוח בע"מ נ' הממונה על המרשם], במסגרתה טענה כי לא ניתן לאתר חלק מבעלי הזכויות במקרקעין, כי בעלי הזכויות שהגישו התנגדויות השתהו בהגשתן, כי אין רלוונטיות לעניין הצמדת הגג המשותף וכי היה על הממונה לקיים דיון בהתנגדויות שהוגשו. בפסק דין מיום 23.6.2006 דחה בית המשפט (השופט נ' הנדל) את הערעור. בית המשפט קבע כי בהתאם לסעיפים 55 ו-62 לחוק המקרקעין ובהתאם להוראות התקנון המצוי לא ניתן להצמיד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה מסוימת אלא בהסכמת כל בעלי הדירות. נקבע כי הסכמה של כל בעלי הדירות הינה תנאי לקבלת הבקשה, וכי בהיעדר הסכמה כזו במקרה דנן, ובמיוחד לנוכח הודעת חלק מבעלי הדירות על התנגדותם לבקשה, צדקו המפקחת והממונה בדחותן את בקשת החברה. נקבע כי "המציאות בשטח טופחת על פני טענת המערערת לפיה התיקון המבוקש אינו אוצר בחובו הצמדה כלשהי וכי לא הוסרו חלקים מהרכוש המשותף ליחידות החדשות", וכי "הבניה נשוא התיקון כללה הצמדה בפועל של שטח הגג המשמש כרכוש משותף". לבסוף ציין בית המשפט כי הוא אינו מתעלם מטענת החברה לפיה הרישום צריך לשקף את המצב העובדתי בשטח, וקבע כי אכן ראוי שיצומצם "הפער שבין הרשום לבין המצוי". עם זאת, צוין כי אין ליישם את הכלל האמור לעיל כך שעובדות שנקבעו בשטח על ידי דייר בבית משותף תבטלנה בדיעבד את הזכויות של הדיירים האחרים.

(ג) בקשת החברה לרישום חלוקה שלא בהסכמה

17. ביום 1.2.2005 הגישה החברה בקשה לרשמת המקרקעין בבאר שבע לרישום חלוקה שלא בהסכמה במקרקעין הנדונים, בהתאם לסעיפים 122-125 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה), במסגרתה ביקשה לחלק את חלקה 18 לשתי חלקות: חלקה 102 בשטח של 3,359 מ"ר וחלקה 103 בשטח של 2,513 מ"ר. לבקשה צורפה תכנית 176/97 שנחתמה ביום 26.2.1997 על ידי יו"ר הועדה המקומית לתכנון ובניה ושאושרה ביום 18.5.1997 כ"כשרה לרישום". ביום 27.2.2005 ניתנה החלטת הרשמת שדחתה את הבקשה. צוין כי הדרישות הקבועות בסעיפים 122-125 לחוק התכנון והבניה לא התקיימו במקרה דנן. עוד צוין כי מדובר על פניו בחלוקה רצונית הטעונה הסכמות של כל בעלי הזכויות במקרקעין, וכי הסכמות אלה לא צורפו. בנוסף צוין כי במקרקעין הנדונים רשום בית משותף, על כל המשתמע מכך. לבסוף צוין כי לנוכח ההליך המשפטי הנוסף

שמתנהל בקשר לתיקון צו רישום הבית המשותף, בו מעורבות רשויות הרישום, ולנוכח הליכים משפטיים נוספים, יישלח עותק מההחלטה לכל בעלי הדירות בבניין. בעקבות מכתבי פניה נוספים של החברה אל הרשמת, ניתנה ביום 21.4.2005 החלטה משלימה של הרשמת, במסגרתה ציינה הרשמת כי החלטתה עומדת בעינה, ובנוסף הפנתה לפרוטוקולי דיוני ועדת המשנה לוועדה המקומית לתכנון ובניה בבאר שבע מיום 7.11.1996 ומיום 27.11.2002 ולמספר מסמכים נוספים.

18. החברה הגישה ערר על החלטת הרשמת לממונה על הרישום. גם הפעם הגישו בעלי החנויות שיוצגו על ידי עו"ד קמינצקי תגובה מפורטת לערר, ובה התנגדו לסעד המבוקש על ידי החברה. גם הוועדה המקומית לתכנון ובניה בבאר שבע הגישה תגובה לערר, ובמסגרתה תמכה בקבלת הערר וברישום החלוקה בהתאם למצב בשטח. בהחלטה מיום 6.2.2006 דחתה הממונה על המרשם (עו"ד ח' הלברייך) את הערר. הממונה הפנתה להחלטתה מיום 6.9.2004 בערר שהגישה החברה על החלטת המפקחת לדחות את בקשתה לתיקון צו רישום הבית המשותף, וציינה כי "הבקשה דנן הינה בקשה נוספת ליתן ביטוי רישומי לבניה הנרחבת שבוצעה בבית [הבניין], אף שבין הצדדים, כך נראה, טרם יושבו המחלוקות השונות". צוין כי ביסוד הערר עומדת השאלה האם ניתן להורות על רישומה של החלוקה במקרקעין הנדונים הרשומים כבית משותף, כך שהחלקה הנוכחית (חלקה 18) תחולק לשתי חלקות: חלקה אחת שתיוותר בבעלות החברה, וחלקה שנייה שתיוותר בבעלות יתר בעלי הזכויות במקרקעין ושתירשם כאזור מסחרי. עוד צוין כי החלקה הנוכחית רשומה כבית משותף ובו 49 תתי חלקות, כשלכל אחת מהן צמודים חלקים בלתי מסוימים ברכוש המשותף הכולל, וכי ככלל חלות על בית משותף הוראות פרק הבתים המשותפים בחוק המקרקעין, לרבות סעיפים 62(א) ו-71 ב שקובעים את אופן הוצאת החלקים מהרכוש המשותף ואת הרוב הדרוש לכך. עם זאת, נקבע כי הבקשה דנן מכוונת לחלוקה כפויה של הרכוש המשותף, במנגנון הקבוע בחוק התכנון והבניה, וזאת על אף הוראות חוק המקרקעין. הממונה הפנתה להחלטתה מיום 6.9.2004, במסגרתה קבעה שבניית הבניין נחזית כהצמדה בפועל של שטח משותף, ולכן יש צורך בהסכמת כל בעלי הזכויות במקרקעין בהתאם לסעיפים 55 ו-62 לחוק המקרקעין. נקבע כי "ספק אם ניתן בשלב זה לעקוף, כאמור לעיל, את ההוראות המהותיות בחוק המקרקעין, תוך היזקקות להוראות חוק התכנון והבניה ונוכח קיומה של מחלוקת שטרם מוצתה עם בעלי הזכויות בבית" [ההדגשה במקור, י.ד.]. עוד צוין כי ספק אם רישום חלוקה לא רצונית בנסיבות הייחודיות של המקרה דנן הינה הדרך הראויה לקידום המטרות שעומדות ביסוד תכניות איחוד וחלוקה לא רצונית. לפיכך נקבע כי "בנסיבותיו של המקרה...נראה כי אין רשויות המרשם מוסמכות להכריע בסכסוך בין הצדדים בדבר פגיעה מהותית בזכויות הקניין, אגב הליך מינהלי של רישום תכנית חלוקה או בקשה לתיקון צו בית משותף, שנדחתה בערר כמתואר". ועוד נקבע כי "בית המשפט הוא המוסמך להכריע במכלול הטענות שהועלו

ולהורות על אופן הרישום תוך איזון בין המצב הרישומי, התכנוני והקנייני. בהקשר זה, מוסמך בית המשפט אף לבוא בנעלי בעלי הזכויות ולאכוף הסכמה, ככל שיוורה על כך".

19. החברה הגישה ערעור על החלטת הממונה על המרשם לבית המשפט המחוזי בבאר שבע [ע"א 1022/06 הר נשגב השקעות בניה ופיתוח בע"מ נ' הממונה על המרשם], במסגרתו טענה כי בנסיבות העניין – משאשרה התכנית בועדות התכנון, משניתן היתר בניה בהתאם לה, משהבניין נבנה ואוכלס במאות דיירים, ומשעתירת בעלי החנויות לבטל את התכנית וההיתר בדיעבד נדחתה – מדובר בבקשה מנהלית שהוגשה לרשמת המקרקעין לרישום חלוקה שאושרה כדין ושממהווה "חיקוק" בהתאם לחוק התכנון והבניה. לפיכך נטען כי אין לרשמת המקרקעין סמכות או שיקול דעת לסרב לבקשה אלא עליה לבצע את הרישום בהתאם להוראות סעיף 125 לחוק התכנון והבניה. עוד נטען כי הממונה על המרשם אינה משמשת כערכאת ערעור על החלטות של ועדות התכנון ושל בתי המשפט במישור התכנוני, וכי החלטתה במקרה דנן יוצרת מצב אבסורדי לפיו הרישום אינו מבטא את החלוקה שאושרה כדין ובוצעה בפועל.

בפסק דין מיום 1.8.2006 דחה בית המשפט (השופט י' אלון) את הערעור. בית המשפט ציין כי ליבת טענותיה של החברה הינה כי התכנית הינה תכנית מאושרת לחלוקה שלא בהסכמה, כמובנה בסעיף 122 לחוק התכנון והבניה, וככזו היא מהווה "חיקוק" שאין לממונה על המרשם שיקול דעת בנוגע לרישומה. עם זאת, בית המשפט קבע כי עיון בתכנית מעלה שזהו אינו מצב הדברים. נקבע כי מעיון במסמכי ועדת התכנון שדנה בתכנית עולה כי לא נתקיימו בהם "ההוראות המיוחדות" הקבועות בסעיפים 122 ו-125 לחוק התכנון והבניה, וכי די לציין שכלל לא הוגשו על ידי הועדה המקומית הבקשות לאישור תכנית חלוקה ואיחוד שלא בהסכמה כנדרש בסעיף 125 לחוק התכנון והבניה. בנוסף נקבע כי בפרוטוקול ישיבת ועדת המשנה של הועדה המקומית מיום 7.11.1996, שבסופה אושרה התכנית לרישום, צוינה במפורש הערת מהנדס העיר "לאשר, כפוף לחתימת בעלי הקרקע" ובהחלטת הועדה צוין "לאשר, כפוף לחתימת בעלי הקרקע". בנוסף נקבע כי גם בדיון ועדת המשנה מיום 27.11.2002, שבה נדונו התנאים המוקדמים לאישור תשריט החלוקה לצרכי הרישום, החלטת הועדה הייתה "לדרוש לפנייה את הבקשה שתובא לדיון לאחר ... חתימת בעלי הקרקע ע"ג התכנית". בית המשפט קבע כי לאחר עיון במכלול מסמכי הועדה המקומית, לא נמצאה באף אחד מהם אמירה מפורשת או משתמעת שאכן המדובר בתכנית חלוקה שלא בהסכמה, וכי די בציטוטים מתוך הפרוטוקולים לעיל כדי ללמד לכאורה על התייחסות הועדות אל החלוקה כאל חלוקה בהסכמה שטעונה הסכמת כל בעלי הזכויות במקרקעין.

בית המשפט המחוזי דחה את טענת החברה כי יש לראות בפסק הדין של בית המשפט לעניינים מנהליים בעת"מ 358/04 מיום 19.6.2005 ובפסק הדין של בית המשפט העליון בעע"מ 4768/05 מיום 29.3.2006 משום מעשה בית דין המאשר את תוקפה של אותה חלוקה שלא בהסכמה. בית המשפט ציין כי בפסקי הדין הללו נדחו טענותיהם של חלק מבעלי הזכויות במקרקעין כנגד התכנית וכנגד היתר הבניה מפאת שיהוי, וכי אין בהם ממצא כלשהו הקובע את תוקף התכנית ובוודאי שלא את תוקפה כ"חלוקה שלא בהסכמה". אדרבא, צוין כי פסקי הדין הללו יוצאים מתוך הנחה שנפלו פגמים של ממש באותה תכנית ובאישורה, ובראשם אי קבלת הסכמת כל בעלי הזכויות במקרקעין. נקבע כי תוצאת פסקי הדין הללו הינה שהשיהוי של יתר בעלי הזכויות במקרקעין מונע מהם לקבל בדיעבד סעד של ביטול התכנית וההיתר מפאת פגמים שנפלו בהליכי התכנון, אך אין בהם הכשרה או מתן תוקף להפקעת זכות קניינית כלשהי כתוצאה מהדרך שבה אושרה התכנית.

לבסוף התייחס בית המשפט לפסק הדין שניתן ביום 23.6.2006 על ידי השופט הנדל בע"א 1173/04, במסגרתו נדחה ערעור החברה על החלטת הממונה על המרשם בעניין תיקון צו רישום הבית המשותף. צוין כי המשמעות המעשית שנודעת לבקשת החברה לתקן את רישום הבית המשותף (הבקשה נשוא הערעור בע"א 1173/04) ולבקשתה לרישום תכנית החלוקה שלא בהסכמה (הבקשה נשוא הערעור בע"א 1022/06) הינה אחת – אכיפת המציאות שנוצרה על ידה במקרקעין על יתר בעלי הזכויות במקרקעין. נקבע כי אכיפה כזו משמעותה שלילת זכויות קנייניות נטענות של יתר הבעלים במקרקעין ברכוש המשותף של הבניין, וכי פגיעה בזכויות קנייניות צריכה להיעשות על פי דין בלבד. לפיכך נקבע כי מעת שנדחתה טענת החברה שהתכנית שאושרה הינה תכנית חלוקה שלא בהסכמה, על כל סממני ההפקעה הגלומים בה, הרי שאין להיעתר לבקשותיה שמשמעותן, כאמור, פגיעה בזכויות הקנייניות של יתר בעלי הזכויות במקרקעין.

20. החברה הגישה לבית משפט זה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי [רע"א 6700/06 הר נשגב השקעות בניה ופיתוח בע"מ נ' הממונה על המרשם]. בפסק דין מיום 14.10.2007 נתן בית משפט זה (השופטים מ' נאור, ע' אדבל, א' רובינשטיין) רשות ערעור וקיבל את הערעור, במובן זה שהתיק הוחזר לבית המשפט המחוזי "כדי שבעלי הזכויות בנכס שאינם מיוצגים על ידי עורכי הדין קמינצקי יוזמנו ויוכלו להביע דעתם באשר לתיק שבפני בית המשפט, ולאחר מכן ישוב ויכריע בו בית המשפט, תוך שבידיו כל האופציות להחלטה". השופט א' רובינשטיין ציין בפסק הדין כי "בתיק זה נוצרה תסבוכת שאינה שגרתית", כאשר מחד גיסא בפסק הדין בעע"מ 4768/05 נסתם הגולל על עתירת בעלי הזכויות במקרקעין לבטל את התכנית שלפיה בנתה החברה את הבניין נשוא המחלוקת, ומאידך גיסא נותר לא פתור המצב שבו נבנה הבניין ללא הסכמת כל בעלי הזכויות במקרקעין

ולכן סירבו רשמת המקרקעין והממונה על המרשם לקבל את בקשת החברה לרשום חלוקה שלא בהסכמה במקרקעין. צוין כי בנסיבות העניין "הכרעה 'רגילה' בתיק כמות שהוא, הגם שהייתה כמובן אפשרית, תותיר לעת הזאת את השאלות פתוחות, וההתדיינות בין הצדדים, הנמשכת זמן כה רב, תימשך ותלך, ומי יודע אימתי יבוא לה קץ". לפיכך נקבע כי הדרך הנכונה "להתמודד עם התסבוכת שנוצרה" היא לקיים הליך גישור משולש בין החברה, הועדה המקומית ויתר בעלי הזכויות במקרקעין. צוין כי הקושי לקיים הליך גישור מסודר נבע מכך שלא כל בעלי הזכויות במקרקעין הינם צד להליך, ולכן נקבע כי התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי, שיתבקש להזמין לדיון את בעלי הזכויות שאינם מיוצגים על ידי עו"ד קמינצקי בדרכי המסירה האפשריות השונות, על מנת שהללו יוכלו להביע דעתם לפני בית המשפט. צוין כי "אם מהליך זה... יצמח גישור, כפי שנראה לנו כראוי וצודק לסיום הסכסוך, הנה מה טוב; אם לאו, ישוב בית המשפט ויכריע, תוך שכל הדרכים פתוחות בפניו, כאמור".

21. ביום 27.5.2009 ניתן פסק דינו המשלים של בית המשפט המחוזי (השופט י' אלון). בית המשפט ציין כי בהחלטות שניתנו ביום 28.10.2008 וביום 8.2.2009 הוחלט על נוסח ההודעה ועל דרכי הפרסום לבעלי הזכויות הנוספים במקרקעין, וכי הפרסום בוצע בהתאם להחלטות בית המשפט. עוד צוין כי במקביל לפרסום נערכו ניסיונות גישור בין הצדדים. צוין כי בישיבה שהתקיימה ביום 26.5.2009 הודיעו באי-כוח הצדדים כי במהלך החודשים הארוכים שחלפו מיום הפרסום לא הודיע אף אחד מבעלי הזכויות הנוספים במקרקעין על רצונו להצטרף להליכים, וכי ניסיונות הגישור בין הצדדים לא נשאו פרי. בית המשפט קבע כי בית משפט זה הורה על החזרת הדיון אליו על מנת לעודד ניסיון נוסף להליך גישור ועל מנת לאפשר לבעלי זכויות נוספים במקרקעין להצטרף להליכים, וכי בנסיבות העניין – משלא נסתייעו הדברים לא בזה ולא בזה – אין מנוס מהכרעה לגופו של הערעור. בית המשפט קבע כי למעשה לא התחדשו טענות כלשהן לגופו של הערעור, ולכן אין לו אלא לחזור ולאמץ את פסק דינו מיום 1.8.2006 שדחה את טענות החברה. בית המשפט דחה את טענת בא-כוח החברה כי פסק הדין מיום 1.8.2006 בוטל על ידי בית המשפט העליון וכי יש לאפשר לו לטעון מחדש את כל טענותיו כאילו לא הוכרעו מעולם, בקובעו כי קבלת טענה זו משמעותה כי בית המשפט יישב כערכאת ערעור על פסק דינו שלו, וכזאת לא יישמע ולא ייעשה. לנוכח האמור לעיל שב בית המשפט ודחה את הערעור של החברה, על בסיס אותם נימוקים ומסקנות שבפסק הדין מיום 1.8.2006.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי נשוא הערעורים שלפנינו

22. לאחר כל אלה, ובטרם ניתן פסק דינו המשלים של בית המשפט המחוזי (השופט י' אלון) מיום 27.5.2009 בע"א 1022/06, ניתן ביום 17.3.2009 פסק דינו של בית המשפט

המחוזי בתובענה שהגישו הרוכשים, שהוא פסק הדין שעליו נסבים שני הערעורים שלפנינו. בית המשפט המחוזי (השופט י' טימור) ציין כי חלפו כשבע שנים ממועד הגשת התביעה וכשלוש וחצי שנים ממועד הגשת סיכומי הצדדים (בספטמבר 2005), וכי ההליכים בערכאות השונות עדיין נמשכים וסופם לא נראה בזמן הקרוב, ולכן אין מנוס ממתן פסק דין בתובענה. לגופו של עניין, בית המשפט קיבל באופן חלקי את תביעת הרוכשים וקבע כי החברה הפרה את החוזה הפרה יסודית מכיוון שלא השלימה את פעולות הרישום בחלוף שנים רבות, אך דחה את תביעתם להורות על אכיפת החוזה בדרך של רישום הבניין כבית משותף או בדרך של מינוי כונס נכסים מטעם שישלים את הליכי הרישום. לצד אלה, ניתן לרוכשים היתר לפיצול סעדים.

(א) אשר לצו ההצהרתי; בית המשפט קבע כי הרישום טרם בוצע, על אף שחלפו כ-11 שנים מהיום בו הוסכם שיתבצע (כשנה לאחר קבלת החזקה בדירה, בחודש פברואר 1997), ואף אין לדעת מתי יתבצע. בית המשפט קבע כי אין כל ספק שעיקוב ברישום של למעלה מ-11 שנים, מכל סיבה שהיא, חורג מגדר "זמן סביר" כפי שמונח זה פורש בפסיקת בית המשפט העליון.

בית המשפט קבע כי אין בידו לקבל את טענות החברה כי במקרה דנן ישנם קשיים אובייקטיביים שאינם בשליטתה שגרמו לעיכוב ברישום וכי היא פעלה להסרתם. בית המשפט קבע כי מהראיות שהובאו לפניו עולה כי החברה ידעה על הצורך בהסכמת יתר בעלי המקרקעין כתנאי לרישום הבניין כבית משותף. צוין כי כך נכתב במפורש במכתב מיום 18.1.1995 ממשרד הפנים מנהל מחוז דרום למהנדס הועדה המקומית בנוגע לתשריט החלוקה, וכי כך צוין גם בפרוטוקול ישיבת משנה של הועדה המקומית לתכנון ובניה בבאר שבע מיום 7.11.1996, שדנה בבקשת החברה לאשר את התשריט האמור לעיל. בית המשפט ציין כי בתגובה למסמכים הללו השיב בחקירתו הנגדית מנהל החברה, מר אבי הר-שגיא, כי הוא אכן ידע על כך, ואולם הוא טען כי הודיע בועדה המחוזית שהחברה לא תמשיך בהליכי הבניה אם תיאלץ לקבל את הסכמת יתר בעלי המקרקעין ולנוכח הודעתו זו התכנסה הועדה המחוזית ו"מצאה דרך לעשות זאת" ללא הסכמת יתר בעלי המקרקעין. בית המשפט קבע כי מנהל החברה לא המציא שום מסמך שהעיד על אישור כזה ורק הסתפק באמירה כללית לפיה יש במשרדו 18 קלסרים בנוגע לנכס הנדון שהוא לא הביא לבית המשפט. בית המשפט קבע כי אין להסתפק בהסבר של מנהל החברה לאי-הצגת אישור של הועדה המחוזית לויתורה על דרישתה להסכמת יתר בעלי המקרקעין, וכי על אחת כמה וכמה אין לקבל טענה זו משלא מצאה החברה לנכון לאתר ולהגיש את המסמך מאוחר יותר. לפיכך נקבע כי מדובר במסמך מהותי, אשר אי-הצגתו בנסיבות העניין פועלת לחובת החברה, בהתאם לחזקה לפיה בעל דין שטוען שבהישג ידו נמצאת ראיה שפועלת לטובתו אך נמנע מהבאתה ללא הסבר סביר, אזי

יש להסיק שאילו הובאה הראיה הייתה זו פועלת כנגדו. בית המשפט ציין כי הדברים נכונים שבעתיים במקרה דנן בו קיימות ראיות בכתב המעידות על הצורך בהסכמת יתר בעלי המקרקעין. נקבע כי החברה לא סתרה את ראיות הרוכשים, ומשכך יש לקבוע כי החברה ידעה או למצער היה עליה לדעת על הקשיים הצפויים לה בביצוע הרישום. בנוסף, דחה בית המשפט את טענת החברה בדבר ידיעת הרוכשים אודות הקשיים הצפויים ברישום ואודות "המצב המשפטי המורכב", אשר בגינה מושתקים הרוכשים כביכול מלטעון שהחוזה הופר.

בית המשפט המחוזי הפנה לפסיקת בית משפט זה בה נדונו תביעות בגין איחורים של שנים מצידן של חברות קבלניות במסירת דירות או ברישומן, ובהם נפסק שקבלן שנטל על עצמו בחוזה סיכון (אשר בצידו סיכוי), לא יישמע בטענה כי הסיכון התגשם וכי מטעם זה הוא אינו יכול לקיים את החוזה כהלכתו [ראו: ע"א 345/89 נאות דברת נ' מעליות ישראל י.מ.ש. אילן נהול והשקעות בע"מ, פ"ד מו(3) 350 (1992) (להלן: עניין נאות דברת); ע"א 4481/90 אהרן נ' ג. פרץ מ. בן גיאת חברה להנדסה ובנין בע"מ, פ"ד מז(3) 427 (1993) (להלן: עניין אהרן)]. צוין כי בית משפט זה כבר פסק שקבלן שנטל על עצמו התחייבות למסור או לרשום את הדירה בפרק זמן מוגדר ביודעו על הקשיים שניצבים לפניו, לרבות קשיים שנובעים מגורמים שאינם בשליטתו, לא יישמע מאוחר יותר בטענה שהאיחור אירע כתוצאה מגורם שאינו בשליטתו. לבסוף הפנה בית המשפט לדברי השופט מ' חשין בעניין נאות דברת, לפיהם קבלנים נוטים ליטול על עצמם התחייבויות בידיעה שלא יוכלו לעמוד בהן בלוח הזמנים שקבעו לעצמם, וכי בתי המשפט צריכים למצות איתם את הדין ולהבהיר כי חוזים יש לכבד וכי הפרתם תוביל לחיוב בפיצויים.

(ב) אשר לסעד מינוי כונס נכסים; בית המשפט קבע כי מכיוון שהחברה פעלה ועדיין פועלת לרישום הנכס, ומכיוון שממילא לא ניתן לערוך את הבירור העובדתי המעמיק הנדרש לשם מינוי כונס נכסים במסגרת המרצת פתיחה, הרי שלא התגבשו במקרה דנן הנסיבות למינוי כונס נכסים. בנוסף צוין כי ממילא ניתן לרוכשים, לבקשתם, היתר לפיצול סעדים, ולכן יש למחוק את התובענה לעניין סעד זה.

(ג) אשר לסעד האכיפה ורישום הבניין כבית משותף; בית המשפט ציין כי החברה אכן עשתה עד כה מאמצים מצידה לקיים את החוזה ולרשום את דירת הרוכשים, אך לא הצליחה להגיע לתוצאה המיוחלת. עם זאת, נקבע כי מכיוון שהבניין טרם נרשם כדין ומכיוון שלא ניתן לבצע את הרישום בשלב זה הרי שאין מקום להורות על סעד שלא ניתן לבצעו.

(ד) אשר לפיצול הסעדים; בית המשפט נתן היתר לרוכשים לפיצול סעדים, כך שיוכלו לתבוע נזקיהם בעתיד, כשיתגבשו הנסיבות לכך.

ערעורה של חברת הר נשגב (ע"א 3849/09)

23. חברת הר נשגב טוענת כי קיימת סתירה פנימית בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, כשמחד נקבע כי החברה פעלה להסדרת רישום הבניין ונקטה בהליכים משפטיים לשם כך, ומאידך נקבע כי אי-הרישום מהווה הפרה יסודית של החוזה מצד החברה כלפי הרוכשים. עוד נטען כי קביעת בית המשפט המחוזי שהחברה ידעה מבעוד מועד שעליה לקבל את הסכמת יתר בעלי החנויות במרכז המסחרי אינה מתיישבת עם קיומם של ההליכים המשפטיים הרבים והארוכים בהם נקטה החברה וגם אינה מתיישבת עם פסיקת בית משפט זה בע"מ 4768/05.

24. בנוסף טוענת חברת הר נשגב כי היא עדכנה את הרוכשים "בריש גלי" במסגרת החוזה אודות המצב המשפטי והתכנוני לאשורו ואודות האפשרות שיהיו עיכובים בביצוע הרישום שאינם בשליטתה. נטען כי הרוכשים אישרו בחתימתם על החוזה שהמצב התכנוני והמשפטי ידוע להם, ולכן הם מושתקים מלטעון בדיעבד כי עיכוב ברישום מהווה הפרה של החוזה. עוד נטען כי מכיוון שהיא פעלה על פי אישורים שניתנו כדין על ידי הרשות המוסמכת לכך, הן ביחס לחלוקת המקרקעין והן ביחס להליכי התכנון והבניה, ומכיוון שהיא הסתמכה על אישורים אלו והשקיעה משאבים רבים בהקמת הפרויקט, הרי שאין לזקוף לחובתה את עמידתה על זכותה לבצע את הרישום מבלי להיכנע לדרישות הכספיות "הסחטניות" של בעלי החנויות ולשם כך להתדיין בפני הערכאות המוסמכות, גם אם ההתדיינות נמשכת שנים. בהקשר זה טוענת החברה כי הרוכשים מיהרו להגיש בשנת 2002 את התביעה, על אף שבמועד זה לא הייתה עדיין שום הפרה, לא כל שכן הפרה יסודית של החוזה, וכי הם לא איפשרו לה למצות את ההליכים המשפטיים לצורך רישום הבניין והדירות.

25. עוד טוענת החברה כי בית המשפט המחוזי שגה כשקבע כי העיכוב ברישום מהווה הפרה יסודית, כאשר בחוזה עצמו לא נקבע כי מדובר בהפרה יסודית, וכאשר הרוכשים כלל לא טענו כי אילו היו יודעים שיחול עיכוב ברישום אזי הם לא היו מתקשרים בחוזה. לטענת החברה, ממילא לא מדובר בהפרה יסודית, לא מבחינה מהותית-קניינית ולא מבחינה כלכלית, כאשר לרוכשים לא נגרם שום נזק היות שזכותם הקניינית מעוגנת בהערת אזהרה ובפסיקת בית משפט זה שקבע כי זכותם גוברת על זכות בעלי החנויות. בהקשר זה נטען כי אי-רישום הזכויות בדירה על שם הרוכשים לא השפיע למעשה על זכויותיהם במקרקעין או על יכולתם לממש את זכויותיהם, וכי במהלך השנים נעשו עסקאות רבות בדירות שבבניין ולא היה כל

קושי לרשום את העברות הזכויות בספרי החברה, לרבות רישום הערות אזהרה והתחייבויות למשכנתא. כך או כך, לטענת החברה לקביעה כי מדובר בהפרה יסודית יש נפקות רק לצורך ביטול החוזה, ואילו במקרה דנן הרוכשים הביעו את רצונם המפורש באכיפתו של החוזה, ומשכך בנסיבות העניין מדובר בקביעה תיאורטית גרידא.

26. בנוסף טוענת החברה כי בית המשפט המחוזי שגה כשהתעלם מהקביעה המפורשת בחוזה כי ייתכנו עיכובים בביצוע הרישום שאינם בשליטתה של החברה, לרבות בשל פעולות חלוקה, וכי עיכובים אלו לא ייחשבו כהפרת החוזה מצידה של החברה. נטען כי בנסיבות העניין, לנוכח ה"תסבוכת שאינה שגרתית", אין ספק שלחברה אין שום שליטה על הימשכות ההליכים המשפטיים המורכבים שהיא מנהלת מזה שנים רבות בסוגיית הרישום. נטען כי ההליכים המשפטיים מלמדים באופן ברור שהעיכוב במקרה דנן הינו תוצאה של התנהלות בירוקרטית שגויה של הרשויות ושל התנגדות חסרת תום לב של בעלי החנויות שמנסים "לסחוט" מהחברה כספים תמורת הסכמתם לחלוקה, וכי אלה אינן בשליטתה של החברה. במילים אחרות, נטען כי בהתאם להוראות החוזה ניתן לעכב את התחייבותה של החברה להשלים את הרישום כל עוד יחולו עיכובים אובייקטיביים שאינם בשליטתה של החברה, ולכן כל עוד היא פועלת ככל יכולתה להסרת המכשולים המונעים את הרישום וכל עוד מתנהלת התדיינות משפטית בנושא, אזי אין לומר שבנסיבות העניין חלף פרק זמן בלתי סביר. החברה מפנה בנקודה זו לפסיקת בית משפט זה שבה נקבע כי התשובה לשאלה מהו פרק זמן סביר לרישום הזכויות בלשכת רישום המקרקעין משתנה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבות, ותלויה בין היתר ברשויות השונות המוסמכות לביצוע פעולות הרישום.

27. בשולי סיכומיה מתייחסת חברת הר נשגב גם לטענות הרוכשים בערעורם, לפיהן שגה בית המשפט המחוזי כשדחה את תביעתם לסעד אכיפה ולמינוי כונס נכסים. אשר לסעד האכיפה; החברה טוענת כי היא אינה חולקת על כך שהסעד העיקרי המגיע לרוכשים הינו אכיפת החוזה, וכי היא הוכיחה שהיא פעלה ועודנה פועלת ככל יכולתה על מנת לרשום את זכויות הרוכשים, ולכן אין הצדקה בנסיבות העניין ליתן צו לאכיפת ההסכם. אשר למינוי כונס נכסים; החברה טוענת כי צדק בית המשפט בקובעו כי הליך של המרצת פתיחה אינו מתאים להענקת סעד של כינוס נכסים בנסיבות העניין, וכי ממילא הוכח שבנסיבות העניין מינוי כונס נכסים לא יביא לקידום הליכי הרישום המתנהלים על ידי החברה.

ערעורם של הרוכשים (ע"א 4087/09)

28. הרוכשים טוענים כי בית המשפט המחוזי שגה עת קבע מחד כי החברה הפרה את החוזה עימם הפרה יסודית, אך מאידך נמנע מלהורות על אכיפת החוזה וממתן צו המורה

לחברה לרשום את הבניין כבית משותף ואת דירתם על שמם. נטען כי בשים לב לחומרת ההפרה בנסיבות העניין, בחלוף כ-12 שנים (נכון למועד הגשת הערעור) בהן לא בוצע הרישום, היה מקום לקבוע שקמה עילה על פי דין להעניק לרוכשים את סעד האכיפה שהינו הסעד המרכזי שמוענק לנפגע כתוצאה מהפרת חוזה. עוד טוענים הרוכשים כי בית המשפט שגה בקובעו כי הוכח שלא ניתן בשלב זה לרשום את הבניין בנסיבות הקיימות ולכן אין מקום להעניק סעד אכיפה. נטען כי לכל היותר הוכיחה החברה שהיא עצמה אינה מצליחה לבצע את הרישום, ולכן היה מקום להורות לה לעשות כן בפסק דין. עוד נטען כי מעת שבית המשפט דחה את טענת החברה לפיה מדובר בעיכוב כתוצאה מגורמים שאינם בשליטתה, הרי שהתוצאה הישירה הינה שקיימת עילה לאכיפת החוזה.

29. בנוסף טוענים הרוכשים כי בית המשפט המחוזי שגה בקובעו שאין מקום למנות כונס נכסים בנסיבות העניין. נטען כי בפסיקה נקבע לא אחת שמינוי כונס נכסים הינו דרך נאותה לסילוק תוצאות ההפרה של חוזה בנייה, כאשר ברור שהקבלן חדל או אינו מצליח לבצע את הפעולות הנדרשות על פי ההסכם. נטען כי בית המשפט המחוזי עת ביסס את קביעתו על הנימוק שהליך של המרצת פתיחה אינו מתאים לכך, מבלי שהחברה העלתה טענה כזו ומבלי שבית המשפט המחוזי נתבקש במהלך שבע השנים שהתיק היה תלוי ועומד לפניו להעביר את הדיון בתובענה לפסים רגילים. עוד נטען כי בית המשפט המחוזי לא נימק מדוע קביעתו העובדתית לעניין ההפרה היסודית המתמשכת מצידה של החברה אינה יוצרת תשתית משפטית מספיקה למתן הסעד של מינוי כונס נכסים.

30. עוד טוענים הרוכשים כי בית המשפט המחוזי שגה משלא דן בתובענה על פי הנסיבות שאירעו עד למועד הגשתה והתיר לחברה להרחיב חזית חרף התנגדותם, על ידי העלאת טענות לגבי ההליכים המשפטיים האחרים שהחלה לנקוט בהם רק לאחר הגשת התובענה. נטען כי בית המשפט המחוזי שגה בקובעו כי החברה עשתה מאמצים מצידה לקיים את החוזה ולרשום את דירתם, למרות שכל המאמצים וההליכים המשפטיים נפתחו רק לאחר הגשת התובענה, ובכך שהסתמך על קביעה מוטעית זו כנימוק לאי מתן צו אכיפה וצו למינוי כונס נכסים.

31. לבסוף טוענים הרוכשים כי ההוצאות שפסק בית המשפט המחוזי לזכותם (20,000 ש"ח) הינן הוצאות נמוכות ולא ריאליות בנסיבות העניין, הן מן הטעם שהפרת החוזה נמשכת כ-12 שנים (נכון למועד הגשת הערעור) והן לנוכח התמשכות הדיונים בבית המשפט המחוזי במשך כשבע שנים.

32. בשולי סיכומיהם מתייחסים הרוכשים לטענות החברה בערעורה. הרוכשים דוחים את טענת החברה כי לא היה מחובתה לקבל את הסכמת יתר הבעלים במקרקעין לחלוקה ומפנים לקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי בעניין זה. בנוסף דוחים הרוכשים את טענות החברה כי העיכוב ברישום הינו סביר ואינו מהווה הפרה יסודית של החוזה, כי הם מושתקים מלטעון שמדובר בהפרת החוזה מכיוון שידעו מראש על הקשיים הצפויים ברישום, וכי לא נגרם להם כל נזק בגין העיכוב ברישום זכויותיהם. בהקשר זה שבים ומדגישים הרוכשים כי מרבית ההליכים המשפטיים שהתנהלו בין החברה לבין בעלי הזכויות במקרקעין והממונה על הרישום נפתחו רק לאחר שהוגשה התובענה. לבסוף טוענים הרוכשים כי טענת החברה לפיה יש להמשיך ולהמתין לתוצאות ההליכים המשפטיים האחרים בטרם יוכרע האם הופר החוזה כלפי הרוכשים הינה "אחיזת עיניים" שנועדה "לדחות את הקץ". הרוכשים מדגישים כי הם כלל אינם צד להליכים המתנהלים בין החברה לבין בעלי הזכויות במקרקעין, כי לא מתקיימת זהות עילות בין ההליכים, וכי ממילא אין בתוצאות ההליכים האחרים שמנהלת החברה כדי לשנות מהקביעה שהחוזה הופר הפרה יסודית כלפי הרוכשים.

הדיונים בבית משפט זה

33. פסק דינו של בית המשפט המחוזי נשוא שני הערעורים שלפנינו ניתן, כאמור, ביום 17.3.2009. שני הערעורים שלפנינו הוגשו בסמוך לאחר מתן פסק הדין, במהלך המחצית הראשונה של חודש מאי 2009. בסמוך לאחר מכן, ביום 27.5.2009, ניתן פסק דינו המשלים של בית המשפט המחוזי (השופט י' אלון) בע"א 1022/06, אשר במסגרתו שב בית המשפט המחוזי על קביעותיו בפסק דינו מיום 1.8.2006 (להלן: פסק הדין המשלים). כחודש לאחר מכן הוגשה בקשת רשות ערעור לבית משפט זה בנוגע לפסק הדין המשלים בע"א 1022/06 [רע"א 5315/09 הר נשגב השקעות בניה ופיתוח בע"מ נ' הממונה על המרשם].

34. ביום 28.7.2009 התקיים בשני הערעורים דיון קדם-ערעור לפני חברתי השופטת חיות, ובמסגרתו נעשה ניסיון לפשר בין הצדדים ולקדם פיתרון מעשי לסיום המחלוקות. ניסיון זה לא צלח לנוכח עמדת בא-כוח החברה כי עד שלא תוכרע המחלוקת בסוגיית הרישום במסגרת רע"א 5315/09 לא ניתן יהיה להגיע לפשרה בשני הערעורים בסוגיית החוזית. משכך, קבעה השופטת חיות בתום הדיון כי שני הערעורים ייקבעו לשמיעה לפני הרכב, וכי יחד איתם תיקבע לדיון לפני אותו הרכב גם בקשת רשות הערעור ברע"א 5315/09 ויישקל איחוד הדיון בשלושת התיקים. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 11.11.2010 ברע"א 5315/09 הסכימו הצדדים – החברה, בעלי החנויות המיוצגים על ידי עו"ד קמינצקי, הועדה המקומית לתכנון ובניה באר שבע והממונה על המרשם – לנקוט בהליך גישור בניסיון לסיים

את המחלוקת בסוגיית הרישום בדרכי נועם. בהמשך הוגשו הודעות עדכון שונות ברע"א 5315/09 בנוגע להליך הגישור, אשר אין צורך לעמוד על פרטיהן בשלב זה, ודי לציין כי בחודש מאי 2011 חתמו הצדדים על הסכם גישור, במסגרתו סוכם על פשרה כספית שתאפשר הסרת התנגדותם של בעלי החנויות המיוצגים על ידי עו"ד קמינצקי לרישום החלוקה, אך בהמשך התברר כי קיימות סוגיות שונות שלא באו על פתרונן בהסכם הגישור. הצדדים המשיכו להידבר ביניהם, עד לחתימת תוספת להסכם הגישור בחודש אפריל 2012, במסגרתה סוכם שימונה נאמן (עו"ד נחמן דברת) לצורך ייצוג האינטרסים של בעלי החנויות שאינם מיוצגים על ידי עו"ד קמינצקי ולצורך יישום הסכם הגישור וביצוע הרישום על פיו. למרות זאת, גם לאחר החתימה על התוספת להסכם הגישור לא התמצו המחלוקות בין הצדדים בסוגיית הרישום. במקביל נעשה ניסיון להביא את הצדדים בשני הערעורים שלפנינו להסכמות שייתרו מתן פסק דין בערעורים. בשלב מסוים הוחלט על איחוד הדיון בשלושת התיקים, וביום 16.7.2012 התקיים דיון נוסף לפנינו, ובסופו הוחלט כי הצדדים בכל שלושת התיקים יגישו הודעות מעדכנות בתוך פרק זמן קצר, ובהן יודיעו האם הגיעו להסכמות בסוגיות השונות. למרות זאת, התארכו המגעים בין הצדדים ברע"א 5315/09, והם ביקשו מספר ארכות נוספות והגישו שורה של הודעות בדבר המגעים ביניהם.

35. בחודש ספטמבר 2013 הגישו הרוכשים בקשה למתן פסק דין בשני הערעורים בהיעדר הסדר בין הצדדים ברע"א 5315/09. בעקבות בקשה זו התקיים לפנינו ביום 27.11.2013 דיון נוסף בשלושת התיקים. במהלך הדיון הודיעו הצדדים ברע"א 5315/09 כי הגיעו בשעה טובה להסכמות – על יסוד הסכם הגישור מחודש מאי 2011, התוספת מחודש אפריל 2012 והודעת הצדדים מחודש נובמבר 2013 – ובתום הדיון הענקנו להסכמות הללו תוקף של פסק דין. אין צורך במסגרת זו לפרט את כל ההסכמות, אך למען שלמות התמונה יצוין בתמצית כי הצדדים הסכימו על חלוקת חלקה 18 לשתי חלקות חדשות (המקבילות לחלקות 102 ו-103 שהוזכרו לעיל), כך שבכל אחת מהן יירשם בית משותף נפרד, והכל בכפוף להגשת מסמכים שונים למפקח על רישום המקרקעין (לרבות: בקשה לרישום החלוקה, תשריט עדכני, טבלת הקצאות מפורטת, הסדרת השעבודים שרשומים על זכויות בעלי המקרקעין השונים, רישום זיקת הנאה בין החלקות ואישורי מיסים). אשר לשני הערעורים שלפנינו, קבענו בתום הדיון מיום 27.11.2013 כי לנוכח ההסדר שהושג בין הצדדים ברע"א 5315/09 תינתן לצדדים בשני הערעורים שהות נוספת בת 45 יום לנסות ולהגיע להסכמות המייתרות מתן פסק דין בערעורים.

36. ביום 10.1.2014 הודיע בא-כוח הרוכשים כי הצדדים נדברו ביניהם לצרכי פשרה כספית, אך בסופו של דבר לא הצליחו, למרבה הצער, להגיע להסכמות המייתרות מתן פסק

דין בערעוירים. לפיכך התבקשנו ליתן פסק דין בערעוירים על יסוד הטיעונים והחומר המצויים לפנינו. משהגענו עד הלום, הגיעה עת ההכרעה.

דיון והכרעה

37. אקדים אחרית לראשית ואציין כי לאחר שקילת טענות הצדדים, ולאחר עיון מעמיק בכל החומר שהונח לפנינו, הגעתי למסקנה כי דין שני הערעורים להידחות, וכך אציע לחבריי שנעשה. אפרט טעמי להלן.

38. השאלה המרכזית שמתעוררת בשני הערעורים שלפנינו הינה האם הפרה חברת הר נשגב את החוזה כלפי הרוכשים, כאשר לא השלימה את מלאכת רישום הבניין כבית משותף ורישום דירת הרוכשים על שמם במשך למעלה מ-11 שנים (נכון למועד מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי). על מנת להשיב על שאלה זו, יש להידרש בשלב ראשון למספר שאלות משנה: מהו סוג החיוב שנטלה על עצמה החברה בחוזה? מהו פרק הזמן הסביר לביצוע החיוב בנסיבות העניין? האם מדובר בחיוב מסויג או מותנה, כך שבנסיבות מסוימות עיכוב בביצוע החיוב לא ייחשב כהפרה? האם ידיעת הרוכשים בדבר מצבם המשפטי והתכנוני של המקרקעין במקרה דנן משליכה על החיוב שנטלה על עצמה החברה? האם נגרם לרוכשים נזק כתוצאה מהעיכוב? בשלב שני, וככל שהתשובה לשאלת ההפרה הינה חיובית בנסיבות העניין, יש להשיב על שאלת המשנה הנגזרת ממנה: מהם הסעדים שיש להעניק בשלב זה לרוכשים בגין ההפרה. אבחן את השאלות הללו אחת אחת.

הפרה – כללי

39. סעיף 1(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) מגדיר הפרת חוזה כ"מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה". כלומר, בבואו של בית המשפט לקבוע האם חוזה מסוים הופר על ידי אחד מהצדדים, יש לבחון בשלב ראשון מהם החיובים שנטלו על עצמם הצדדים במסגרת החוזה, ולאחר מכן בשלב שני לבחון האם הם קיימו את חיוביהם בנסיבות העניין. לא למותר לציין כי בבואנו לבחון בשלב הראשון את החוזה ואת סוג והיקף החיובים שנטלו על עצמם הצדדים במסגרת החוזה, עלינו לבדוק האם מלבד החיובים המפורשים נקבעו בחוזה גם סייגים ותנאים שונים המצמצמים בנסיבות מסוימות את היקף החיובים. ועוד ראוי לציין, כי בבואנו לבחון האם צד לחוזה קיים את חיוביו בהתאם לחוזה אם לאו, הרי שבמקביל לטענותיו בדבר סייגים ותנאים שנכללו בחוזה יש לזכור גם כי "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב" [סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים)]. במילים אחרות, השאלה

האם מעשה (או מחדל) מסוים עולה כדי הפרת חוזה אף פעם אינה שאלה כללית ועקרונית שיש עליה תשובה "נכונה" באופן קטגורי, אלא היא תמיד שאלה הנטועה בתשתית העובדתית הקונקרטית של המקרה המסוים – ראשית, בתוכנו של החוזה המסוים, ולאחר מכן בהתנהגותם של הצדדים בשלב קיום החוזה. מעשה (או מחדל) מסוים של צד לחוזה עשוי להיחשב בנסיבות מסוימות כהתנהגות מקובלת ותמת לב שעולה בקנה אחד עם החיובים שהצדדים נטלו על עצמם במסגרת החוזה ביניהם, ומנגד עשוי אותו מעשה (או מחדל) להיחשב בנסיבות אחרות כהתנהגות בלתי מקובלת וחסרת תום לב שמהווה הפרה של החוזה בינו לבין הצד השני [להרחבה בדבר מושג ההפרה, ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך ד 83-86 (2011) (להלן: פרידמן וכהן); גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 107-112 (להלן: שלו ואדר)].

40. החוזה שלפנינו הינו חוזה מכר דירת מגורים שנכרת בין רוכשים לקבלן, וחוזים מסוג נכרתים בכל שנה במאות ובאלפים. בצורתו הנפוצה ביותר, בנוי חוזה מכר דירה מסוג זה מ"תבנית" פשוטה למדי: הרוכשים נוטלים על עצמם במסגרת החוזה חיוב כספי (לשלם תמורה כספית בסך מסוים, בתשלומים ובמועדים מסוימים), ואילו הקבלן נוטל על עצמו חיוב לספק לרוכשים את הממכר – דירת מגורים חדשה בבניין שנבנה על ידו. עם זאת, גם כשמדובר ב"תבנית" הפשוטה ביותר של חוזה מכר דירה, קיימת בחוזה כזה מורכבות שנעדרת מחוזה מכר "סתם", וזאת מכיוון שעסקינן במאטריה חוזית-קניינית והממכר הינו נכס מקרקעין. לפיכך, חיובו של הקבלן לספק את הממכר (הדירה) אינו מסתיים במסירת הממכר לידי הרוכש, כדרכו של חוזה מכר "סתם", אלא מורכב משני שלבים עיקריים: השלב הראשון הינו שלב מסירת החזקה בדירה כשהיא ראויה למגורים, והשלב השני הינו שלב רישום הזכויות בדירה על שם הרוכשים. כיוון שעסקינן בנכס מקרקעין, תלוי השלב השני, שלב רישום הזכויות, בגורמים נוספים וחיצוניים לחוזה – מינהל מקרקעי ישראל, רשויות התכנון, רשם המקרקעין, וכיו"ב. לא בכדי ניתן למצוא בפסיקת בית משפט זה לא מעט מחלוקות בין קבלנים שמכרו דירות לבין רוכשי אותן הדירות בנוגע לאיחורים במועדי המסירה ובמועדי הרישום של הדירות. כאמור, כל חוזה וחיוביו, וכל מקרה ונסיבותיו.

מהי ההתחייבות שנטלה על עצמה החברה במסגרת החוזה בכל הנוגע לרישום זכויות הרוכשים?

41. אעבור עתה לבחון את החיובים שנטלה על עצמה החברה בחוזה המסוים במקרה דנן, הן בנוגע לשלב מסירת החזקה בדירה והן בנוגע לשלב רישום הזכויות בדירה על שם הרוכשים.

התחייבותה של החברה למסור את החזקה בדירה לידי הרוכשים, כשהיא ראויה למגורים, כלולה בסעיף 3(א) לחוזה, אשר קובע כי המסירה תבצע בתוך שמונה עשר חודשים ממועד חתימת החוזה (בתנאי שהרוכשים ימלאו מצידם את כל התחייבויותיהם כלפי החברה במלואן). אין חולק כי חיוב זה קיים במועד.

התחייבותה של החברה לרשום את זכויות הבעלות בדירה במרשם המקרקעין על שמם של הרוכשים כלולה בסעיף 11(א) לחוזה, שזוהי לשונו:

”הרוכשים מצהירים שידוע להם כי על מנת לרשום זכויות הבעלות בדירה בטאבו על-שם, יש צורך תחילה בביצוע חלוקה (פרצלציה) ותיקון ושינוי צו הרישום הקיים ולרשום את הבית כבית משותף ואת הדירה כיחידת רישום נפרדת בבית המשותף על-פי החוק בפנקס הבתים המשותפים. רישום הזכויות כאמור ייעשה ע”י המוכרת [החברה- י.ד.] מוקדם ככל האפשר ובתוך כשנה ממועד מסירת החזקה בדירה לידי הרוכשים” (ההדגשה הוספה, י.ד.).

אין חולק כי חיוב זה לא קיים, לא “בתוך כשנה” וגם לא שנים רבות לאחר מכן – לא במועד הגשת התביעה, בחלוף כחמש שנים ממועד המסירה, וגם לא במועד מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי, בחלוף למעלה מ-11 שנים ממועד המסירה. משכך, מדובר על פניו בחיוב אשר הופר באופן מובהק על ידי החברה. עם זאת, עדיין יש לבדוק את טענות ההגנה של החברה, לפיהן לצד החיוב המפורש שנקבע בסעיף 11(א) לחוזה נקבעו בחוזה גם סייגים ותנאים המצמצמים בנסיבות מסוימות את היקף החיוב שנטלה החברה על עצמה. אעבור לדון בטענות אלה כעת.

42. בנקודה זו אקדים ואסיר מסדר היום את טענת החברה – שעלתה לא אחת בסיכומיה ובטענותיה בעל-פה לפנינו – כי היא לא יושבה באפס מעשה במרוצת השנים אלא פעלה ככל יכולתה לביצוע הרישום, וכי די בכך כדי לדחות את טענת הרוכשים כי היא הפרה את החוזה. טענה זו שקולה הלכה למעשה לטענה כי החיוב שנטלה על עצמה החברה הינו חיוב השתדלות בלבד ולא חיוב תוצאה.

דין הטענה להידחות.

לשונו של סעיף 11(א) לחוזה ברורה, והיא אינה מותירה ספק כי החיוב שנטלה על עצמה החברה הינו חיוב תוצאה ולא חיוב השתדלות. נאמר בסעיף כי רישום הזכויות “ייעשה” על ידי החברה. ניסוח זה מעיד על התחייבות לעשות דבר מה, לבצע פעולה שבסופה מושגת תוצאה מסוימת. במקרה דנן, מדובר בהתחייבות לרשום את זכויות הבעלות

של הרוכשים בדירה בפרק זמן מסוים (שגם לגביו יש לחברה טענות, אשר יידונו להלן). לא נאמר בסעיף כי החברה "תעשה ככל יכולתה" או "תעשה כל מאמץ סביר" להביא לרישום הזכויות בפרק זמן מסוים. ניסוח כזה, אילו היה מופיע בחוזה, היה מעיד על התחייבות להשתדל, להתאמץ, לפעול ככל הניתן, אך לא על התחייבות להשיג תוצאה מסוימת. עם זאת, כאמור, זהו לא הניסוח שמופיע בחוזה, ואין בלשון סעיף 11(א) לחוזה עיגון מינימאלי לטענת החברה כי מדובר בחיוב לפעול ככל יכולתה ותו לאו [להרחבה בדבר ההבחנה בין חיוב תוצאה לבין חיוב השתדלות, ראו: פרידמן וכהן, כרך ג (2003) בעמ' 385-390; שלו ואדר, בעמ' 118-120; ע"א 6553/11 עזבון המנוח יוסף ברלס נ' פז-ים הולדינגס 2000 (29.12.2013) בפסקה 15 לפסק דינו של השופט י' עמית והאסמכתאות המוזכרות שם].

שאלת "הזמן הסביר" להשלמת הרישום

43. לנוכח קביעתי כי החיוב שנטלה על עצמה החברה הינו חיוב תוצאה ולא חיוב השתדלות, יש להשיב על השאלה מהו פרק הזמן שנקבע לקיום החיוב. כאמור, בסעיף 11(א) לחוזה נקבע כי רישום הזכויות בדירה על שם הרוכשים ייעשה על ידי החברה "מוקדם ככל האפשר ובתוך כשנה" ממועד מסירת החזקה בדירה. לטענת החברה, יש לבחון מהו "פרק הזמן הסביר" לביצוע החיוב הקבוע בסעיף 11(א) לחוזה בנסיבותיו הספציפיות של המקרה דנן, וזאת בהתאם לפסיקת בית משפט זה בה נקבע לא אחת שהתשובה לשאלת "הזמן הסביר" לביצוע חיוב של מסירת חזקה בדירה או חיוב של רישום הזכויות בה משתנה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבות. החברה מסתמכת בנקודה זו על שני פסקי דין שניתנו בבית משפט זה: ע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' הוך, פ"ד לז(3) 393 (1983) (להלן: עניין מפעלי ברוך שמיר); ע"א 390/88 שהם נ' מגנצי (לא פורסם, 31.12.1988) (להלן: עניין שהם). הרוכשים טוענים כי "הזמן הסביר" לביצוע החיוב הקבוע בסעיף 11(א) לחוזה חלף זה מכבר בנסיבות המקרה דנן, ומסתמכים על שני פסקי דין שניתנו בבית משפט זה ושהוזכרו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי נשוא הערעור: ע"א 10474/03 הכהן נ' מלונות הים התיכון בע"מ (24.11.2005) (להלן: עניין הכהן); ע"א 305/87 שרביב בע"מ נ' פרוביזור (19), פ"ד מד(3) 40 (1990) (להלן: עניין שרביב).

דין טענת החברה להידחות.

סעיף 41 לחוק החוזים קובע כי "חיוב שלא הוסכם על מועד קיומו, יש לקיים זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש" (ההדגשה הוספה, י.ד.). סעיף 41 לחוק החוזים יוצר מעין מנגנון ברירת מחדל או מנגנון השלמה למקרים בהם הצדדים לחוזה הסכימו על חיוב אך לא ציינו מועד לקיומו. מנגד, אם נקבע

בחווה מועד לקיומו של חיוב, אזי כלל אין צורך להידרש להוראת סעיף 41 לחוק החוזים. במילים אחרות, שאלת "הזמן הסביר" לקיום חיוב שנטל על עצמו צד לחווה מתעוררת אך ורק במקרים שבהם לא נקבע בחווה מועד כלשהו לקיומו של חיוב. ברוח זו נקבע בעניין שהם כי כש"מדובר בחיוב שהצדדים הסכימו במפורש על דרך קביעת העיתוי לקיומו, אין אפשרות להיזקק לכלל המחייב ביצועם של חיובים חוזיים שלא נקבע מועד לקיומם תוך זמן סביר" [שם, בפסקה 4 לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר].

במקרה דנן קבעו הצדדים בחווה כי רישום הזכויות בדירה ייעשה "מוקדם ככל האפשר ובתוך כשנה" ממועד מסירת הדירות. מוכן אני לצאת מנקודת הנחה שמדובר בקביעה "גמישה" שמותירה מרחב תמרון מסוים לחברה ולא בפרק זמן "קשיח" (כפי שעולה מהמינוח "מוקדם ככל האפשר" וגם מהמינוח "בתוך כשנה"), אך יחד עם זאת ספק בעיניי אם מדובר בחיוב שכלל לא הוסכם על מועד לקיומו, כמשמעותו בסעיף 41 לחוק החוזים. ודוק, אילו היו הצדדים מסתפקים בקביעה כי רישום הזכויות בדירה ייעשה על ידי החברה "מוקדם ככל האפשר", אזי היה צורך להידרש לשאלת "הזמן הסביר" בנסיבות העניין ולפסיקה שאליה הפנו הצדדים בנקודה זו. אך זהו אינו הניסוח שבחרו הצדדים, ואין להתעלם מבחירת הצדדים במילים "בתוך כשנה". גם אם ניתן לטעון, כאמור, שהבחירה בניסוח "בתוך כשנה" יוצרת מרחב פרשני מסוים – כך שקיום החיוב בפרק זמן העולה במעט על שנה ייחשב כעולה בקנה אחד עם פרשנות הגיונית של סעיף 11(א) לחווה – הרי שזוהי אינה השאלה שעומדת על הפרק. כך או כך, סבורני כי במקרה דנן הצדדים קבעו בחווה מועד לקיום החיוב (גם אם מדובר בקביעה "גמישה" שיוצרת מרחב פרשני מסוים), ולכן ספק אם יש להידרש למנגנון "הזמן הסביר" שנקבע בסעיף 41 לחוק החוזים ולפסיקה שפירשה אותו.

לחלופין, אף אם אניח ששאלת "הזמן הסביר" מתעוררת בנסיבות העניין, ולו בשל השימוש במינוח "בתוך כשנה" אשר ניתן לפרשו בדוחק כאומר "בתוך שנה או בחלוף זמן סביר לאחר שנה", הרי שלטעמי פרק הזמן שחלף במקרה דנן חורג במובהק מהמשמעות שניתנה למונח "זמן סביר" בפסיקה. אכן, בפסיקת בית משפט זה נקבע כי המונח "זמן סביר" אינו מונח סטטי, וכי המענה לשאלה מהו "זמן סביר" לקיום חיוב שלא נקבע בחווה מועד לקיומו משתנה ממקרה למקרה בהתאם לנסיבותיו, לרבות התפתחויות המתרחשות לאחר חתימת החווה [ראו, למשל: עניין מפעלי ברוך שמיר בעמ' 400-401; ע"א 192/80 גדנסקי נ' "מוגשם" חברה למפעלי בנין בע"מ, פ"ד לו(3) 533, 538 (1982) (להלן: עניין גדנסקי)]; עניין הכהן בפסקה 10], אך גם אם אנקוט לצורך הדיון בגישה פרשנית מאד ליבראלית לא אוכל לפרש את המינוח "בתוך כשנה" כמכיל בתוכו עיכוב של למעלה מ-11 שנים.

44. אשר לפסקי הדין שאליהם הפנתה החברה לעניין "הזמן הסביר", לאחר עיון סבורני כי מדובר במקרים השונים במובהק מבחינת התשתית העובדתית מהמקרה שלפנינו. החברה מפנה, כאמור, לפסקי הדין בעניין שהם ובעניין מפעלי ברוך שמיר, ומסתייעת בהם על מנת לטעון כי העיכוב ברישום הזכויות במקרה דנן אינו כה גדול כפי שנדמה במבט ראשון. בעניין שהם נדחתה תביעת ביטול שהגישו הרוכשים כנגד הקבלן לאחר שזכויותיהם במקרקעין לא נרשמו גם בחלוף למעלה מ-25 שנים ממועד כריתת החוזה. בעניין מפעלי ברוך שמיר נדחתה תביעת ביטול שהגישו הרוכשת (ליתר דיוק, בעלת המקרקעין בהסכם קומבינציה) לאחר שהבניה לא בוצעה בחלוף כ-8 שנים ממועד כריתת החוזה.

אלא שבשני המקרים הללו התשתית העובדתית הייתה שונה מהמקרה שלפנינו, כשבשניהם דובר על חיובים שנטלו על עצמם קבלנים במסגרת חוזה מכר שהותנו בתנאי מתלה שלא התקיים במשך שנים רבות. בעניין שהם התחייב הקבלן בחוזה לרשום את זכויות החכירה של הרוכשים במקרקעין בתוך שנה אחת מהיום שבו יודיע מינהל מקרקעי ישראל בכתב שהוא מוכן להעביר את החלקה במשרד רישום המקרקעין. המינהל לא הודיע הודעה כזו במשך כ-25 שנה (ככל הנראה עקב העובדה שהמקרקעין היו צריכים לעבור פרצלציה, וכזו לא בוצעה), ומשכך לא נרשמה גם זכות החכירה של הרוכשים בפרק זמן זה. בית משפט זה דחה את תביעת הרוכשים לתשלום פיצויים בגין הפרת החוזה, וקבע כי כל עוד לא ניתנה הודעת המינהל בכתב ממילא לא התגבש החיוב שהוטל על הקבלן. כמו כן נקבע כי אין מקום להידרש לכלל הקבוע בסעיף 41 לחוק החוזים בדבר "הזמן הסביר" מכיוון שמדובר בחיוב שהצדדים הסכימו במפורש על דרך קביעת העיתוי לקיומו. בעניין מפעלי ברוך שמיר התחייב הקבלן במסגרת עסקת קומבינציה להשלים את בניית הבית המשותף ולהעביר את החזקה בשתי דירות לידי בעלת המקרקעין תוך 18 חודשים מיום אישור תכנית הבניה וקבלת היתר הבניה. לאחר חתימת החוזה "הוקפאו" המקרקעין בשל כוונה לערוך תכנון מחדש של האזור, ומשכך לא ניתן היה לאשר תכנית לבניה עליהם. הליכי התכנון מחדש ואישור תכנית הבניה החדשה נמשכו שנים והסתיימו רק כשמונה שנים לאחר החתימה על החוזה. בעלת המקרקעין הודיעה לקבלן על ביטול החוזה ובית המשפט המחוזי קיבל את תביעתה להצהיר שהחוזה בוטל כדין, אך בית המשפט זה הפך את התוצאה וקבע כי בנסיבות העניין בעלת המקרקעין לא הייתה רשאית לבטל את החוזה. בית משפט זה נימק קביעתו במספר נימוקים, אשר מתוכם רלוונטי לדיוננו הנימוק הבא: אין ספק שתקופה של שבע שנים בהן לא מתמלא התנאי המתלה יכולה בנסיבות מסוימות להיחשב תקופת המתנה בלתי סבירה המצדיקה ביטול החוזה, אך בנסיבות המקרה שנדון שם, לנוכח ההתפתחויות המאוחרות למועד כריתת החוזה, ובראשן "ההקפאה" הבלתי צפויה של המקרקעין מבחינה תכנונית, נקבע כי לא חלף "הזמן הסביר" להתקיימות התנאי המתלה [שם, פסקאות 8-9 לפסק דינו של השופט ג' בך].

ניתן לראות איפוא כי מבחינה עובדתית הן בעניין מפעלי ברוך שמיר והן בעניין שהם מדובר היה בחיובים שנטל על עצמו הקבלן לבצעם בתוך פרק זמן מוסכם לאחר שיתקיים תנאי מתלה מסוים (קבלת הודעת המינהל בעניין שהם או קבלת היתר הבניה בעניין מפעלי ברוך שמיר). ואילו במקרה שלפנינו לא הותנה החיוב שנטלה על עצמה החברה, לרשום את הזכויות בדירה על שם הרוכשים, בקיומו של תנאי מתלה מסוים. ודוק, בחוזה שלפנינו נטלה על עצמה החברה חיוב לרשום את הזכויות בדירה על שם הרוכשים בחלוף כשנה ממועד מסירת החזקה בדירות, ולא נטלה על עצמה חיוב מותנה לפיו רישום הזכויות בדירה ייעשה בחלוף כשנה ממועד רישום החלוקה במקרקעין. אילו היה סעיף 11(א) לחוזה מנוסח כך שרישום הזכויות בדירה ייעשה רק לאחר רישום החלוקה במקרקעין, היה עלינו להידרש לשאלה האם פרק הזמן שחלף במקרה דנן (למעלה מ-11 שנה) מבלי שהתקיים התנאי המתלה מהווה עילה לתביעת הרוכשים בגין הפרת חוזה, תוך השוואה לנסיבות שנדונו בעניין שהם ובעניין מפעלי ברוך שמיר, אך זהו אינו החוזה שמונח לפנינו. די בשוני עובדתי זה כדי לדחות את טענות החברה בנוגע לשני פסקי הדין הללו.

45. בטרם אסיים את הדיון בנקודה זו אעיר כי סבורני ששני פסקי הדין שעליהם הסתמך בית המשפט המחוזי בנקודה זו – פסקי הדין בעניין הכהן ובעניין שרביב – אכן דומים יותר בתשתית העובדתית שנדונה בהם למקרה דנן מאשר שני פסקי הדין עליהם הסתמכה החברה. בעניין הכהן נדונה התחייבות שנכללה בהסכם פשרה בין הצדדים לרשום את הזכויות בדירה מבלי שצוין כלל מועד לקיומה, ולכן נקבע כי "ככלל, ובהיעדר הסכמה אחרת, יש אינטרס בהשלמת הרישום במהרה. שיקול זה ועמו העובדה שרישום הזכויות נעשה בלשכת רישום המקרקעין ותלוי גם בסדרי העבודה שם, מאפשרים לטעמי לקבוע, לצורך ההכרעה בערעור, כי ברגיל רישום זכויות אורך לכל היותר חודשים ספורים, מבלי שנקבע פרק זמן מוגדר ונוקשה לעניין זה" [שם, בפסקה 10 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (ההדגשה במקור, י.ד.)]. בעניין שרביב נדונה התחייבות של הקבלן לרשום את הבניין כבית משותף ואת זכויות הרוכשים בחנות שרכשו בבניין במועד מסוים ומפורש. בחלוף שנתיים מהמועד המוסכם הודיעו הרוכשים לקבלן כי הם מעניקים לו ארכה של 40 יום לביצוע החיוב החוזי. בחלוף פרק הזמן האמור ומשלא בוצע החיוב החוזי, הודיעו הרוכשים על ביטול החוזה ובהמשך הגישו תביעה להצהיר שהחוזה בוטל כדין ולחייב את הקבלן להשיב את התמורה ששולמה ולשלם פיצויים. בית משפט זה קיבל את טענות הרוכשים וקבע כי זכויות הבעלות שהתובעים רכשו בחנות למעשה לא הוקנו להם במשך למעלה משנתיים, מכיוון שעסקה שלא הסתיימה ברישום אינה אלא התחייבות לעשות עסקה. לפיכך נקבע כי הקבלן הפר את החוזה ולכן קמה לרוכשים עילה לבטלו כדין [שם, בעמ' 42-43 לפסק דינו של השופט ת' אור]. סבורני, כאמור, כי פסקי הדין הללו דומים יותר בנסיבותיהם למקרה שלפנינו מאשר

פסקי הדין עליהם הסתמכה החברה, מכיוון שבשניהם מדובר בחיוב שנטל על עצמו הקבלן מבלי להתנותו בתנאי מתלה חיצוני כלשהו.

האם ידיעת הרוכשים מצמצמת את החיוב שנטלה על עצמה החברה?

46. משנדחו טענות החברה לעניין סוג והיקף החיובים שנטלה על עצמה בחוזה, יש לדון כעת בטענות החברה לעניין סייגים ותנאים שנקבעו בחוזה המצמצמים את היקף החיובים.

47. החברה טוענת כי היא עדכנה את הרוכשים במפורש במסגרת החוזה אודות המצב המשפטי והתכנוני לאשרור ואודות האפשרות שיהיו עיכובים בביצוע הרישום שאינם בשליטתה. נטען כי משאישרו הרוכשים בחתימתם על החוזה שהמצב התכנוני והמשפטי ידוע להם, הרי הם מושתקים מלטעון בדיעבד כי עיכוב ברישום מהווה הפרה של החוזה.

אין בידי לקבל טענה זו.

אכן, החוזה כולל שני "סעיפי הצהרה/גילוי" – סעיף הצהרה/גילוי כללי (סעיף 4(א)(1) לחוזה, שהובא בפסקה 3 לחוות דעתי לעיל) וסעיף הצהרה/גילוי ספציפי בנוגע לרישום הזכויות (הרישא לסעיף 11(א) לחוזה, שצוטט בפסקה 41 לחוות דעתי לעיל). בסעיף 4(א)(1) לחוזה הצהירו ואישרו הרוכשים כי ידוע להם שבית הקולנוע מהווה רק חלק מהמקרקעין וכי הוא רשום יחד עם מבנים נוספים כבית משותף. ברישא לסעיף 11(א) לחוזה הצהירו ואישרו הרוכשים כי ידוע להם שלצורך רישום זכויות הבעלות בדירה על שמם יהיה צורך בביצוע חלוקה (פרצלציה) ובתיקון צו רישום הבית המשותף.

עם זאת, איני סבור כי יש בסעיפים אלו כדי להשתיק את הרוכשים מלטעון להפרת החוזה מצד החברה, ובוודאי שאין בהם כדי לסייג או לצמצם את חיובה של החברה לרישום את זכויות הבעלות של הרוכשים בתוך כשנה. מדובר בסעיפי "הצהרה/גילוי", שתכליתם להביא לגילוי מלא ככל הניתן בנוגע לתכונות הממכר. גילוי מלא שכזה נגזר מעיקרון תום הלב הקבוע בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים, וממילא מדובר, כעיקרון, באינטרס משותף של המוכר והרוכש כאחד. למוכר יש אינטרס לגלות את כל המידע הידוע לו בנוגע לממכר, כיוון שאי-גילוי מלא של כל המידע הידוע לו יחשוף אותו לתביעות עתידיות מצד הרוכש לתשלום פיצויים בגין חוסר תום לב במשא ומתן לפי סעיף 12 לחוק החוזים או לביטול החוזה בגין הטעייה לפי סעיף 15 לחוק החוזים [ראו למשל: ע"א 8737/00 "שלפרד" חברה לפיתוח ובנין בע"מ נ' ז'אק, פ"ד נו(4) 662, 671 (2002)]. ואילו לרוכש יש אינטרס לקבל את כל המידע

הקיים בנוגע לממכר ולקבלת החלטה מושכלת בנוגע לעסקה. עם זאת, אין לטשטש את הגבול שבין חובת הגילוי המוטלת על הצדדים לחוזה לבין החיובים שנטלו על עצמם במסגרת החוזה. גילוי מלא של תכונות הממכר הידועות למוכר נגזר, כאמור, מעיקרון תום הלב, אך אין בו כשלעצמו כדי לפטור את המוכר מקיום חיובים שנטל על עצמו במסגרת החוזה או להפוך חיוב תוצאה שנטל על עצמו המוכר לחיוב השתדלות. במילים אחרות, גילוי מלא עשוי להקנות למוכר הגנה מפני תביעה עתידית של הרוכש בגין חוסר תום לב או הטעייה, אך הוא אינו מקנה למוכר הגנה מפני תביעה עתידית של הרוכש בגין הפרת חוזה לנוכח אי-קיום חיוב תוצאה במועד שנקבע בחוזה [להרחבה בנושא חובת הגילוי, ראו: פרידמן וכהן כרך א (1991) בעמ' 573-585; כרך ב (1992) בעמ' 810-814].

זאת ועוד, סבורני כי יש לקרוא את ההצהרה הקבועה ברישא לסעיף 11(א) לחוזה לאור החיוב שנטלה על עצמה החברה בסיפא לסעיף זה. כאמור, ברישא לסעיף 11(א) לחוזה מאשרים הרוכשים כי ידוע להם שלצורך רישום זכויות הבעלות בדירה על שמם יהיה צורך בביצוע חלוקה (פרצלציה) ובתיקון צו רישום הבית המשותף. בסיפא לסעיף 11(א) לחוזה נקבע כי החברה תבצע את הרישום "מוקדם ככל האפשר ובתוך כשנה ממועד מסירת החזקה בדירה לידי הרוכשים". קריאה משולבת של שני חלקי הסעיף מובילה למסקנה הפרשנית הבאה: הרוכשים מצהירים כי ידוע להם שנדרשות פעולות שונות לצורך רישום הזכויות בדירה על שמם, וכי כפועל יוצא הרישום לא יתבצע מיד בסמוך לאחר מסירת החזקה בדירות אלא בפרק זמן שיארך כשנה. פרשנות זו מעניקה לשני חלקי הסעיף משקל זהה ומובילה להרמוניה ביניהם. לעומת זאת, הפרשנות המוצעת על ידי החברה להצהרת הרוכשים ברישא לסעיף 11(א) לחוזה יוצרת א-סימטריה בין שני חלקי הסעיף ומרוקנת מתוכן את החיוב שנטלה על עצמה החברה בסיפא לסעיף, ומשכך יש לדחותה.

האם נקבעו בחוזה סייגים או תנאים להתחייבות החברה בסוגיית הרישום?

48. החברה טוענת, בהסתמך על סעיף 20(א) לחוזה, כי בנסיבות העניין העיכוב ברישום הדירות הינו תוצאה של גורמים אובייקטיביים שונים שאינם מצויים בשליטתה, ומשכך לא מדובר בהפרה של החוזה שמקימה עילה לאכיפתו (או לפיצויים). נטען כי אין ספק שלחברה אין שום שליטה או השפעה על הימשכות ההליכים המשפטיים המורכבים שהיא מנהלת מזה שנים רבות בערכאות השונות בסוגיית הרישום, שביסודם התנהלות בירוקרטית שגויה של הרשויות והתנגדות חסרת תום הלב של בעלי החנויות שמנסים "לסחוט" מהחברה כספים תמורת הסכמתם לחלוקה.

טענה זו של החברה נסמכת, כאמור, על סעיף 20(א) לחוזה, שזהו ניסוחו:

"מוסכם בזה בין הצדדים כי על אף האמור בהסכם זה, אם יידחה תאריך המסירה ו/או תאריך רישום הזכויות בדירה ע"ש הרוכשים בטאבו, למשך תקופה שבה יהיו עיכובים, הפרעות או קשיים בביצוע הבניה או בטיפול ברישום כתוצאה מנסיבות שאינן בשליטתה של המוכרת, ובכלל זה, גשמים, גיוס, מצב מלחמה, מעשי תחיקה, פעולות חלוקה איחוד חלקות והפרדה וסיבות אחרות כיוצא באלה. דחיה כזו בתאריך המסירה ו/או בתאריך הרישום לא תהווה עילה לאכיפת הסכם זה או לפיצויים" (ההדגשות הוספו, י.ד.).

הרוכשים סומכים טענותיהם על קביעותיו העובדתיות והמשפטיות של בית המשפט המחוזי, אשר דחה טענה זו של החברה.

דין טענות החברה להידחות, הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי.

(א) אשר למישור העובדתי; איני סבור שיש מקום להתערבותנו בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי. בית המשפט קבע כי מהראיות שהובאו לפניו (המכתב מיום 18.1.1995 ופרוטוקול ישיבת ועדת המשנה של הועדה המקומית מיום 7.11.1996 – ראו פירוט בפסקה 22(א) לעיל) עולה שהחברה ידעה מראש על הצורך בהסכמת יתר בעלי המקרקעין כתנאי לרישום החלוקה ולרישום הבניין כבית משותף. בית המשפט ציין כי מנהל החברה אישר בחקירתו הנגדית כי הוא ידע על כך. בית המשפט דחה את טענת מנהל החברה בחקירתו הנגדית, לפיה הועדה המחוזית התכנסה ואישרה לחברה לבצע את הבניה ללא הסכמת יתר בעלי המקרקעין. נקבע כי לא הוצג מסמך שמעיד על אישור שכזה, ואף לא ניתן הסבר משכנע מדוע לא נעשה מאמץ סביר לאתר את המסמך. עוד נקבע כי מדובר במסמך מהותי אשר אי-הצגתו בנסיבות העניין פועלת לחובת החברה. כידוע, התערבותו של בית משפט זה במסגרת ערעור בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית שמורה למקרים חריגים וקיצוניים, בהם נפל פגם היורד לשורשו של עניין או כשהדברים אינם מבוססים על פניהם, ועל אחת כמה וכמה נכונים הדברים כאשר מדובר בקביעות שמבוססות על התרשמות בלתי אמצעית מעדים [ראו, למשל: ע"א 292/88 פופוביץ נ' טלון עצמאות בע"מ, פ"ד מד(2) 837 (1990); ע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל, פ"ד נב(2) 582, 594 (1998); ע"א 8320/09 אלחדיד נ' שמיר (29.3.2011) בפסקה 28 לפסק דיני].

איני סבור כי המקרה דנן הינו אחד מאותם מקרים חריגים שמצדיקים התערבות שכזו. קביעותיו של בית המשפט המחוזי מבוססות בראש ובראשונה על שני המסמכים שצינו לעיל, ולאחר מכן על התרשמותו מעדותו של מנהל החברה ומהיעדרו של מסמך המעיד על האישור הנטען של הועדה המחוזית. תשתית עובדתית זו אינה מגלה על פניה

עילה להתערבותנו. ראוי להעיר כי גם במסגרת ערעורה לפנינו לא התאמצה החברה לשכנע אותנו מדוע יש מקום להתערבותנו במישור העובדתי, ולא למותר לציין כי אותו אישור נטען של הועדה המחוזית לא אותר עד עצם היום הזה, בחלוף שנים ממועד מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, כאשר למולו עומדים שני המסמכים שהוזכרו לעיל, אשר מבססים חד משמעית את הקביעה העובדתית של בית המשפט המחוזי. לפיכך, הקביעה העובדתית שמשמשת בסיס לדיון המשפטי בנקודה זו הינה כי החברה ידעה מבעוד מועד שעליה לקבל את הסכמת יתר בעלי המקרקעין כתנאי לרישום החלוקה ולרישום הבית המשותף.

(ב) אשר למישור המשפטי; סבורני כי בית המשפט המחוזי צדק בהסתמכו על פסיקת בית משפט זה בעניין נאות דברת ובעניין אהרן, שבהם נדחו טענות דומות של קבלנים שטענו כי איחורים של שנים במסירת דירות או ברישומן נבעו מגורמים שאינם בשליטתם, תוך הסתמכות, בין היתר, על תנית פטור גורפת או "סעיף סיכול חוזי" שנכללו בחוזה. אפרט מעט בנקודה זו.

ראשית, נקודת המוצא לדיון הינה כי:

"ראוי להתייחס בחשד לטעמים שמעלה צד לחוזה באשר לסיבות - סיבות סבירות, לטענתו - שגרמו לו להפר חוזה שנתחייב בו. הסכם, כל הסכם, אמור ליצור איזון כלשהו בחלוקת סיכונים וסיכויים בין הצדדים לו, וצד שנטל סיכון על עצמו (ובצדו של הסיכון זכה גם בסיכוי), לא יישמע בטענה כי להוותו נתגשם הסיכון, וכי מטעם זה אין הוא יכול לקיים את החוזה כהלכתו" [השופט מ' חשין בעניין אהרן בעמ' 437 (ההדגשות הוספו, י.ד.)].

שנית, ככלל, תניות פטור ו"סעיפי סיכול חוזיים" שנכללים בחוזים בין קבלנים לבין רוכשי דירות ושמנוסחים בצורה גורפת יפורשו בדרך כלל בדווקנות ובצמצום [ראו: פרידמן וכהן כרך ג בעמ' 285-292]. לפיכך, תניות פטור גורפות שמסייגות את החיובים שנטל על עצמו הקבלן בחוזה או פוטרות אותו לחלוטין מחיובים אלו בהתרחש אירועים שאינם בשליטתו יפורשו בדרך כלל כצופות פני עתיד ולא כבעלות תחולה לגבי התרחשויות שהיו ידועות או צפויות במועד כריתת החוזה. אם מבקש אחד הצדדים לחוזה לסייג או להתנות את אחריותו לקיום חיוב שנטל על עצמו במסגרת החוזה, או לפטור עצמו כליל מאחריות כזו, ככל שיתרחש אירוע מסוים שלא מצוי בשליטתו אך ידוע במועד כריתת החוזה, עליו לעשות זאת בתניית פטור מפורשת וספציפית. בכך נשמרת ההבחנה (הלא פשוטה) בין דיני הטעות לדיני הסיכול: דיני הטעות עוסקים בנטילת סיכון מודעת במועד כריתת החוזה לגבי אירועים ונתונים שקדמו למועד הכריתה (גם אם התממשותם מתרחשת לאחר כריתת החוזה). התממשות הסיכון עשויה להתברר בדיעבד כטעות מצד הקבלן, אך זו תיחשב, בדרך כלל

ובהיעדר סייג או תנאי מפורשים בחוזה, כלא יותר מטעות בכדאיות העסקה שאינה מקימה עילה לביטולו. לעומת זאת, דיני הסיכול עוסקים באירועים שמתרחשים בתקופה שלאחר כריתת החוזה, ושהנתונים לגביהם לא היו ידועים במועד כריתתו. לפיכך רשאים הצדדים, כעיקרון, לסייג (או להתנות) את חיוביהם בחוזה בקביעה שמועד קיום החיוב יידחה או שהיקף החיוב יצומצם, ככל שיתרחש בעתיד אירוע מסוים שהינו בלתי ידוע ובלתי צפוי במועד כריתת החוזה [על היחס שבין דיני הטעות לדיני הסיכול ועל הקושי להבחין ביניהם, ראו: פרידמן וכהן כרך ב בעמ' 742-747; השוו לדיון שם בעמ' 727-730, בדבר הקושי להבחין בין טעות לגבי העבר לבין טעות לגבי העתיד]. זאת ועוד, הבחנה זו עולה בקנה אחד גם עם כלל הפרשנות כנגד המנסח [ראו: פרידמן וכהן כרך ג בעמ' 280-285].

שלישית, ראוי להתייחס בשלב זה לפסק הדין בעניין נאות דברת, שבו נדונה סיטואציה עובדתית דומה למקרה שלפנינו ונקבעה הלכה משפטית רלוונטית למקרה דנן. גם שם דובר על קבלן שנטל על עצמו חיוב בדיעה שייתכן קושי ניכר לקיימו במועד המוסכם (התחייבות לקבל היתר בניה תוך 45 יום ממועד כריתת החוזה, על אף שהיה ידוע כי הועדה המקומית מסרבת להעניק היתרי בניה באותו אזור). גם שם נכללה בחוזה תנית פטור ("סעיף סיכול חוזי") שקבעה כי אי עמידה של הקבלן במועדים שהתחייב אליהם בחוזה "מסיבות שאין לו שליטה עליהן" לא תקנה לרוכשים זכות לתבוע פיצויים ממנו. גם שם טען הקבלן בדיעבד כי לסעיף תחולה רחבה, כך שהוא כולל גם סיבות שהיו ידועות בעת כריתת החוזה וגם סיבות שתיוולדנה בעתיד ושהצדדים לא ידעו עליהן בעת כריתת החוזה. טענות אלה נדחו כולן על ידי בית משפט זה בעניין נאות דברת, וראוי להביא את הדברים כלשונם, מפי השופט מ' חשין, גם אם יהיה בכך להאריך מעט את דיוננו:

"10. ענייננו עתה הוא בפירוש הסכם, ומחובתנו לנסות ולרדת לסוף דעתם של בעלי ההסכם כאנשי עסק סבירים המבקשים להשיג מטרה מסחרית משותפת. והנה, בעלי ההסכם ביקשו להסדיר את יחסיהם המסחריים בעתיד, ולעניין זה קבעו נורמות התנהגות וחייבים, שידריכו אותם ביחסיהם ההדדיים. על רקע זה יש לפרש את תניית הפטור, בעיקרה, כצופה פני עתיד - כקביעתו של בית-משפט קמא - והשכל הישר מחייב, לכאורה, כי הצדדים כיוונו דעתם לסיבות, לגורמים ולמניעות שייוולדו בעתיד ואשר אין יודעים עליהם בעת כריתת ההסכם; ממילא אין אותן "סיבות" שבהסכם כוללות (למיצער) סיבות הידועות היטב בעת כריתת ההסכם או מניעה המתקיימת לידיעת הצדדים באותה עת. אכן, לא נכפור בקביעה, כי הוצאת היתר הבנייה היא, כעיקרון, גורם שלקבלן אין שליטה עליו - הדברים אמורים, כמובן, בהליכי הוועדה המקומית פנימה ולא בחלקו של הקבלן בהליך הוצאת הרישיון - וכי כיצד ניתן לכפור בדבר? ואולם לדעתנו אין אותו גורם מכוסה "מעיקרא דחוזה" בתניית הפטור, שלא אליו כיוונו הצדדים דעתם בעת שכרתו את ההסכם ביניהם ובעת שקבעו את תניית הפטור. לשון אחר: הגם שפירושו המילולי של הביטוי "סיבות שלקבלן אין שליטה

עליהן" כולל אף את נושא הוצאת ההיתר, הנה בחוזה ספציפי זה לא נתכוונו הצדדים לכלול בגדרי הפטור את המניעה שיצאה מלפני הוועדה המקומית. אין לקבל, כי בנסיבות העניין שלפנינו יוכל הקבלן, ויהיה זכאי, להסתמך על עיכובים שהיו בוועדה המקומית להוצאתם של היתרים.

הקבלן נטל על עצמו כלפי הבעלים לקבל היתרי בנייה תוך 45 ימים, ביודעו היטב - כמוהו כבעלים - על אותה חומה גבוהה שהעמידה העירייה על דרכו של מבקש היתר בנייה ברחוב רוטשילד. בנסיבות אלו, השאלה הנשאלת היא, על מי יש וראוי להטיל את נטל הסיכון בשל אי-קבלת היתר בנייה במועד? התשובה לשאלה היא, כעיקרון, שבסיכון חייב לשאת מי שנטל על עצמו סיכון, כמובן בכפוף להוראות ספציפיות שבהסכם בין הצדדים ולהוראות הסיכול שבדין (סעיף 18 לחוק התרופות). אשר להוראות שבהסכם, אין זה ראוי כי נאפשר לקבלן לגזור עצמו ביוצא המזכה אותו בפטור, הואיל ובעת כריתת ההסכם ידע ידוע היטב על עמדתה של הוועדה המקומית באשר להוצאת היתרי בנייה ברחוב רוטשילד ובכל זאת נטל על עצמו חיוב שנטל (כל זאת בניגוד, למשל, למה שאירע בע"א 464/81). בנסיבות הספציפיות שאפפו את כריתת ההסכם, היינו מצפים למצוא הוראת פטור ספציפית ומפורשת שתשחרר את הקבלן מאחריות בנושא הוצאת היתר מהוועדה המקומית; ומשלא מצאנו הוראת פטור מעין זו, אין די בהוראת הפטור הכללית שבהסכם...

11. פירוש אחר כי ניתן ל"הוראת הסיכול" שבהסכם, יהיה באותו פירוש כדי לרוקן את ההסכם מתוכן של ממש בנושא לוח הזמנים. ואמנם, מה הייתה כוונתם המשווערת של הצדדים, אומד דעתם - כוונה משוערת או כוונה שנייחס להם - בעת שהקבלן נטל על עצמו לקבל היתר בנייה תוך 45 ימים? האם הכוונה הייתה שהקבלן אך יעשה כמיטב יכולתו ואת המוטל עליו קבלן כדי לקבל היתר בנייה? לו זו הייתה הכוונה - מדוע לא קבעו אותה כך? הכול יודעים, שהוצאת ההיתר היא בידי הוועדה, ואם כך, מה משמעות של תוכן נטל ליתן לאותם 45 ימים שנקצבו? על כל אלה נזכור ונזכיר את הרקע של ההסכם, כאשר הכול ידעו שהוועדה אינה מוציאה היתרים לבנייה ברחוב רוטשילד... [שם, בעמ' 355-356 (ההדגשות הוספו, י.ד.)].

לא בכדי בחרתי לצטט באריכות מההלכה שנקבעה בעניין נאות דברת. סבורני כי הדברים כמו נכתבו ביחס למקרה דנן, ומעבר למה שנאמר כבר לעיל אין צורך להוסיף כמעט דבר.

אשר למקרה דנן, על אף שאין חולק כי נוצרה כאן "תסבוכת בלתי שגרתית" (כדברי השופט א' רובינשטיין ברע"א 6700/06, וכפי שמוכיחה סקירת ההליכים המשפטיים בפסקאות 13-21 לעיל), הרי שבסופו של יום סבורני כי התשתית העובדתית במקרה דנן דומה לתשתית העובדתית שנדונה בעניין נאות דברת, ומשכך קביעותיו המשפטיות של השופט מ' חשין שם יפים ונכונים גם כאן. גם בענייננו ידעה החברה מראש שמדובר במגרש בעל מאפיינים ייחודיים, וכי לשם רישום הבניין כבית משותף יהיה עליה לבצע פעולות שונות

למול מוסדות התכנון והרישום – לאשר תכנית חלוקה (פרצלציה) במקרקעין, לרשום את החלוקה ולתקן את צו רישום הבית המשותף. כאמור, בית המשפט המחוזי קבע קביעה עובדתית, לפיה החברה ידעה כי לשם ביצוע חלוקה במקרקעין יהיה עליה לקבל את הסכמת יתר בעלי המקרקעין. למרות זאת, לא פעלה החברה להשיג את הסכמת יתר בעלי המקרקעין מבעוד מועד בטרם החלה בפעולות הבניה, ואף לא נקטה בהליך תכנוני מסודר בהתאם לחוק התכנון והבניה לביצוע חלוקה שלא בהסכמה בטרם החלה בפעולות הבניה, וכתוצאה מכך נקלעה בדיעבד למאבק משפטי ארוך שנים מול רשויות התכנון, רשויות הרישום ויתר בעלי המקרקעין. במילים אחרות, החברה נטלה על עצמה ביודעין סיכון מסוים כשהחלה בפעולות הבניה בטרם השיגה את הסכמת יתר בעלי המקרקעין או בטרם סיימה את הליכי החלוקה שלא בהסכמתם, ואין לה להלין אלא על עצמה משהתברר כי הסיכון אכן התממש ותפח בדיעבד למימדי ענק.

בנקודה זו יש גם לדחות את טענת החברה כי אין להטיל עליה אחריות בנסיבות העניין מכיוון שפעלה בתום לב, מכיוון שעשתה ככל יכולתה על מנת לפתור את הבעיות שנוצרו ולרשום את הבניין כבית משותף, ומכיוון שלא יכלה לצפות את ההתנהלות הבריקרטיית השגויה של רשויות הרישום ואת ההתנהלות הסחטנית וחסרת תום הלב, כטענתה, של יתר בעלי הזכויות במקרקעין. אף אם אניח לטובת החברה ולשם הדיון, כי טענה זו על כל חלקיה הינה נכונה – ואעיר כי מדובר בהנחה מקלה מאד עם החברה, שספק אם עולה בקנה אחד עם התשתית העובדתית שפורטה לעיל – הרי שלא יהיה בכך כדי לסייע לה. החברה נטלה סיכון (שבצידו סיכון), כשבחרה לבנות את הבניין ולאכלסו מבלי להסדיר עד תום את הליכי החלוקה, ביודעה שמדובר במקרקעין בעלי מאפיינים ייחודיים שעשויים ליצור קשיים בעתיד, ועליה לשאת באחריות בגין התממשות אותו הסיכון, אף אם לא יכלה לצפות שתיווצר "תסבוכת בלתי שגרתית" שתימשך שנים רבות. יתרה מכך, לא שוכנעתי כי התנהלות רשויות הרישום או התנגדותם של יתר בעלי הזכויות במקרקעין היו שגויות או חסרות תום לב בנסיבות העניין, וממילא השאלה הינה האם הן היו צפויות ומיהו הצד שראוי שיישא בסיכון כתוצאה מכך. בנקודה זו יפים דברי השופט מ' חשין בעניין נאות דברת:

"12. לענייננו כאן אין נפקא מינה, לדעתי, אם בסרבה להוציא היתרי בנייה פעלה הוועדה המקומית כדין, אם לאו. המחלוקת עתה אין היא בין הוועדה המקומית לבין הקבלן - במקרה זה אפשר שפעילותה של הוועדה המקומית, כדין או שלא כדין, הייתה לה השלכה על מסכת היחסים בין הנצים; המחלוקת היא בין הקבלן לבין הבעלים, והשאלה הניצבת היא, מי ראוי שיישא בסיכון בשל אי-הוצאתם של היתרי בנייה בידי הוועדה המקומית...

גם אם ניתן לראות את שני בעלי הדין - גם את הקבלן גם את הבעלים - כמי שפעלו בתום-לב מוחלט ובאין רשלנות, גם אז

ראוי הקבלן שיישא בסיכון, ולו אך בשל כך שנטל על עצמו חיוב שנטל, ועל רקע העובדות שהיו ידועות היטב לשני הצדדים" [שם, בעמ' 356-357 (ההדגשות הוספו, י.ד.)].

49. אשר על כן, יש לדחות את טענת החברה כי סעיפי ה"הצהרה/גילוי" שמופיעים בחוזה משתיקים את הרוכשים מלטעון להפרת חוזה בנסיבות העניין, ויש לדחות גם את טענת החברה כי סעיף 20(א) לחוזה פוטר אותה מאחריות לעיכוב ברישום הדירות שהינו תוצאה של גורמים אובייקטיביים שונים שאינם מצויים בשליטתה.

האם מדובר בהפרה יסודית או בהפרה שאינה יסודית?

50. לאחר כל אלה, נותר לדון בטענת החברה כי לא מדובר בהפרה יסודית, מכיוון שבחוזה עצמו לא נקבע כי אי-רישום במועד המוסכם יהווה הפרה יסודית, ומכיוון שהרוכשים כלל לא טענו כי אילו היו יודעים שיחול עיכוב ברישום אזי הם לא היו מתקשרים בחוזה.

אין בידי לקבל טענה זו, ודינה להידחות.

ראשית, יש להעיר כי השאלה האם ההפרה הינה יסודית או לא יסודית הינה רלוונטית אך ורק לגבי סעד ביטול החוזה, ואין לה חשיבות לסעדי האכיפה והפיצויים. ההבחנה בין הפרה יסודית להפרה שאינה יסודית נוגעת בעיקרה לפרוצדורה שעל הנפגע לנקוט לשם ביטול החוזה. כאשר מדובר בהפרה לא יסודית נדרש הנפגע ליתן למפר ארכה לקיום החוזה תוך זמן סביר בטרם יבטל את החוזה, ואילו כאשר מדובר בהפרה יסודית רשאי הנפגע לבטל את החוזה באופן מיידי מבלי ליתן ארכה למפר (סעיף 7 לחוק התרופות). אכן, יש צדק מסוים בטענת החברה כי אין לשאלת יסודיות ההפרה רלוונטיות ככל שמדובר בתביעת הרוכשים לאכיפת החוזה. כאמור, בית המשפט דחה את תביעת הרוכשים לאכיפת החוזה, אך קיבל את תביעתם להצהיר כי החוזה הופר הפרה יסודית, והעניק להם היתר לפיצול סעדים. משכך, אין לשלול מראש את האפשרות כי לשאלת יסודיות ההפרה תהיה חשיבות במסגרת התדיינות פוטנציאלית עתידית בין הצדדים, ולכן לא מדובר בדיון תיאורטי בלבד כטענת החברה [להרחבה בשאלת צירוף סעדים בגין הפרת חוזה או בחירה ביניהם, ראו: פרידמן וכהן כרך ד בעמ' 764-766].

שנית, ולגופו של עניין, סבורני כי צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי אי-רישום זכויות הרוכשים בדירה במשך למעלה מ-11 שנים מהווה הפרה יסודית של החוזה. אין חולק כי לא מדובר בהפרה יסודית מוסכמת, דהיינו ב"הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב

ליסודית" (הסיפא לסעיף 6 לחוק התרופות), ולכן יש לבחון האם מדובר ב"הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה" (הרישא לסעיף 6 לחוק התרופות). מבחן זה מתמקד בחומרת ההפרה כתנאי לביטול, ונובע ממנו כי לא די בהפרה "סתם" כדי להצדיק ביטולו המידי של החוזה אלא יש להוכיח שמדובר בהפרה חמורה שממוטטת את הבסיס לחוזה [להרחבה ראו: פרידמן וכהן כרך ד בעמ' 296-298; שלו ואדר בעמ' 584-586]. בפסיקת בית משפט זה נקבע לא אחת כי זמן הביצוע וזמן הרישום אינם נחשבים, בדרך כלל, כחלק מהתנאים היסודיים בחוזה בניה, וזאת לנוכח האילוצים החיצוניים הקיימים בתחום הבניה – ובהם הצורך באישור תכניות וקבלת היתרים – אשר עלולים להשפיע על משך ביצוע החוזה. לפיכך נקבע כי עיכוב קל בביצוע הבניה או ברישום הזכויות במקרקעין לא ייחשב בדרך כלל כהפרה יסודית [ראו, למשל: עניין מפעל ברוך שמיר בעמ' 400 לפסק דינו של השופט ג' בך; עניין הכהן בפסקה 13 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; ע"א 7862/11 חברת התחנה המרכזית החדשה בת"א בע"מ נ' מרקור (1.10.2013) בפסקה 25 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל (להלן: עניין התחנה המרכזית)]. לצד זאת, נקבע כי עיכוב משמעותי בביצוע הבניה או ברישום הזכויות ייחשב בדרך כלל כהפרה יסודית של החוזה [ראו: עניין התחנה המרכזית בפסקה 25; עניין הכהן בפסקה 13], ובמיוחד אם הוכח שהקבלן לא התאמץ לעשות כל שביכולתו כדי לקיים את חיוביו [עניין גדנסקי בעמ' 538-539 לפסק דינו של מ"מ הנשיא (כתארו אז) מ' שמגר; ע"א 187/89 רובין נ' זהר, פ"ד מה(5) 824 (1991), בעמ' 833-834 לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר; פרידמן וכהן כרך ד בעמ' 307-309].

סבורני כי אי-רישום זכויות הרוכשים בדירה בנסיבות המקרה דנן במשך למעלה מ-11 שנים (במועד מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי) אינו יכול להיחשב כעיכוב קל ברישום, ולטעמי מדובר בעיכוב משמעותי ביותר שעולה כדי הפרה יסודית של החוזה. יפים בנקודה זו דבריו של השופט צ' זילברטל בעניין התחנה המרכזית, שכמו נכתבו לענייננו אנו: "סבורני כי אדם סביר לא היה מתקשר בהסכם לו היה צופה מראש מצב של עיכוב משמעותי בקיום ההסכם באופן שאף מטיל בספק את עצם האפשרות לקיימו, וזאת גם בשים לב למהות ההפרה – אי-רישום זכויות במקרקעין על שם [הרוכש]; שכן משמעותה של הפרה זו היא שאף ש[הרוכש] קיים את חלקו בהסכמים נותרו בידי זכויות אובליגטוריות בלבד (ראו לעניין זה סעיף 7 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969)" [ראו גם עניין שרביב בעמ' 42]. אני מסכים לכל מילה, וכל המוסיף גורע.

51. בנקודה זו יש לדחות גם את טענת החברה כי לרוכשים לא נגרם שום נזק בנסיבות העניין ולכן לא מדובר בהפרה יסודית. טוענת החברה כי לרוכשים לא נגרם שום נזק מכיוון שזכויותיהם הקנייניות של הדיירים בבניין (והרוכשים ביניהם) עוגנו בהערות אזהרה

רשומות, ומכיוון שבית משפט זה קבע במסגרת פסק הדין בע"מ 4768/05 שזכויותיהם של הדיירים בבניין גוברות על זכויותיהם של בעלי החנויות. עוד נטען כי אי-רישום הזכויות בדירה על שם הרוכשים לא השפיע מבחינה פרקטית על זכויותיהם במקרקעין או על יכולתם לממש את זכויותיהם, כאשר במהלך השנים נעשו עסקאות רבות בדירות שבבניין ולא התעורר כל קושי בביצוען (לרבות העברת הרישום בזכויות בספרי החברה, רישום הערת אזהרה ונטילת הלוואות מבנקים למשכנתאות).

גם טענה זו אין בידי לקבל.

השאלה האם בנסיבות העניין נגרם לרוכשים נזק כתוצאה מהפרת החוזה הינה שאלה נפרדת מהשאלה האם החוזה הופר הפרה יסודית, והיא חורגת מגבולות הדיון הנוכחי. ודוק, השאלה האם נגרמו לתובע-הנפגע נזקים כתוצאה מהפרת החוזה הינה שאלה רלוונטית רק אם התביעה שהוגשה הינה תביעת פיצויים עקב הפרת החוזה, אך היא אינה רלוונטית אם התביעה שהוגשה הינה תביעה להצהיר בשלב ראשון על עצם ההפרה (בליווי בקשה לפיצול סעדים) או תביעה למתן סעדים של אכיפת החוזה או ביטולו עקב הפרתו. בתביעות אלה אין לשאלת הנזק שנגרם לתובע חשיבות מיוחדת, ובוודאי שלא מדובר ב"תנאי-בלעדיו-אין" לקבלת התביעה. כל שנדרש התובע להוכיח בתביעות מסוג זה הוא שהחוזה הופר, באופן המקיים לו זכות לתבוע סעדים של ביטול או אכיפה בגין הפרתו, ולצידם לבקש היתר לפיצול סעדים על מנת לתבוע בעתיד פיצויים לכשיתגבשו נזקיו. כאמור, במסגרת התובענה שהוגשה לבית המשפט המחוזי במקרה דנן ביקשו הרוכשים צו הצהרתי כי החוזה הופר הפרה יסודית, וברבד ביקשו היתר לפיצול סעדים על מנת לתבוע את נזקיהם במועד מאוחר יותר, לאחר שאלו יתגבשו במלואם. בית המשפט המחוזי העניק צו הצהרתי בדבר ההפרה היסודית של החוזה ונעתר לבקשת הרוכשים לפיצול סעדים. משכך, השאלה האם נגרמו לרוכשים נזקים כתוצאה מההפרה (ומהו היקפם) כלל לא נדונה בבית המשפט המחוזי וממילא לא הובאו ראיות לגביה, ופסק הדין נשוא הערעור לא עוסק בה כלל. לכן מדובר, כאמור, בשאלה שחורגת מגבולות הדיון הנוכחי.

בשולי הדברים, ולמען הסר ספק, יוער כי ככל שהרוכשים יגישו בעתיד תביעה כספית לפיצוי בגין הנזקים שנגרמו להם לטענתם מהעיכוב ברישום, הרי שהנטל להוכיח כי אכן נגרמו נזקים ומהו היקפם יוטל על כתפי הרוכשים, ומובן כי לחברה שמורות כל טענותיה בעניין זה.

52. בטרם סיום, ראוי להעיר שתי הערות בנוגע לטענות החברה בדבר מאמציה לרישום הזכויות במקרקעין במישור העובדתי:

ראשית, אין בידי לקבל את טענת החברה, לפיה בית משפט זה קבע בפסק דינו בעע"מ 4768/05 שהיא פעלה בהתאם לאישורים כדין. עיון בפסק הדין בעע"מ 4768/05 מעלה שקביעה כזו אינה מופיעה בו, ולא בכדי. כל שנקבע בפסק הדין הוא שדינה של עתירת בעלי החנויות כנגד התכנית והבניה להידחות מפאת שיהוי. לא נקבע בפסק הדין דבר וחצי דבר מעבר לכך. נהפוך הוא, בפסק הדין נקבע כי הבניה נעשתה על חלק מהרכוש המשותף של הבית המשותף, וכי בפני בעלי החנויות פתוח ערוץ התביעה הקניינית כנגד החברה במטרה לקבל את שווה הערך הכספי לזכויותיהם שנפגעו, ככל שיוכיחו זכויות אלה ואת היקף הפגיעה בהן (ראו הפירוט בפסקאות 11-12 לעיל). מכאן גם נובע, בין היתר, סירובן של רשויות הרישום לבקשות החברה לתיקון צו רישום הבית המשותף ולרישום החלוקה במקרקעין, וסירובם של בתי המשפט המחוזיים להתערב בהחלטות רשויות הרישום בסוגיה זו (ראו הפירוט בפסקאות 13-21 לעיל).

שנית, מקובלת עלי טענת הרוכשים כי מרבית הפניות וההליכים המשפטיים שפתחה החברה בניסיון לקדם את רישום הדירות על שם הרוכשים ננקטו רק בשנת 2004, כשנתיים לאחר הגשת תביעת הרוכשים (ראו פירוט הפניות וההליכים בפסקאות 5-10, 13-21 לעיל). אכן, לא נעלמה מעיני העובדה כי החברה פנתה למפקחת על רישום המקרקעין בבאר שבע בשנת 1998 בבקשה לרישום הבית המשותף, אך פניה זו נדחתה על ידי המפקחת בהחלטה מנומקת, ולאחר מכן החברה לא הגישה ערר וגם לא פעלה בדרך אחרת כלשהי לקידום פעולות הרישום עד לשנת 2004. במילים אחרות, אף אם היינו משקיפים על החיוב שנטלה על עצמה החברה כחיוב השתדלות (וכאמור, לא מדובר בחיוב השתדלות אלא בחיוב תוצאה), ספק אם החברה ניסתה לפעול לקיום החיוב שנטלה על עצמה במסגרת פרק הזמן שנקבע בחוזה ("מוקדם ככל האפשר ובתוך כשנה"). יוער כי לא מצאתי לכך שום התייחסות בערעורה ובסיכומיה של החברה, ושתיקתה בנקודה זו רועמת.

ערעור הרוכשים – האם יש מקום להורות על אכיפת החוזה או על מינוי כונס נכסים?

53. משנדחו כל טענות החברה בערעורה ומשנקבע כי החוזה הופר הפרה יסודית על ידה, נותר לדון בשאלת המשנה הנגזרת מהקביעה שהחוזה הופר – שאלת הסעדים שיש להעניק לרוכשים בגין ההפרה. בית המשפט המחוזי דחה את תביעת הרוכשים לסעד אכיפה ולמינוי כונס נכסים מטעמים להשלמת הרישום, אך קיבל את בקשתם לפיצול סעדים. מכאן ערעורם של הרוכשים, אשר טוענים כי היה מקום לקבל את תביעתם במלואה, ולהורות על אכיפת החוזה ועל מינוי כונס נכסים לצורך ביצוע פעולות הרישום.

דין ערעורם של הרוכשים להידחות.

ראשית, סבורני כי במועד מתן פסק הדין בשנת 2009 לא ניתן היה להעניק לרוכשים סעד אכיפה ולהורות על רישום הבניין כבית משותף. לנוכח פסקי הדין שניתנו בהליכים המשפטיים השונים שהתנהלו בנוגע למקרקעין (ראו פירוט בפסקאות 11-21 לעיל) רישום הבניין כבית משותף לא היה אפשרי באותה עת. לפיכך, סבורני כי במועד מתן פסק הדין התקיים החריג לאכיפה הקבוע בסעיף 4(1) לחוק התרופות. אשר לסעד מינוי כונס נכסים, סבורני כי לא היה מקום להעניק אף סעד זה במועד מתן פסק הדין בשנת 2009. לטעמי, צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי באותה עת פעלה החברה בניסיון להביא לרישום החלוקה ולרישום הבניין כבית משותף, ומשכך לא הייתה הצדקה באותה נקודת זמן למינוי כונס נכסים מטעם הרוכשים. ודוק, אילו היה מוכח שהחברה חדלה להיות פעילה או שהחברה הינה פעילה אך זנחה את חיוביה כליל, ניתן היה לשקול במועד זה מינוי כונס נכסים מטעם הרוכשים.

שנית ועיקרית, סבורני כי לנוכח ההסכמות שהושגו בסופו של יום במסגרת רע"א 5315/09 ושניתן להן תוקף של פסק דין ביום 27.11.2013 – אשר במסגרתן הוסרה התנגדות בעלי החנויות לחלוקת המקרקעין והוסכם על מינויו של נאמן לצורך ביצוע החלוקה והרישום (ראו פירוט בפסקאות 34-35 לעיל) – הסעדים המבוקשים בערעור הרוכשים התייתרו בנסיבות העניין.

סוף דבר

54. השופט מ' חשין סיכם את פסק דינו בעניין נאות דברת באלה המילים:

"25. [...] רעה חולה היא במקומותינו - ולתופעה זו הדים רועמים בפסיקה - שקבלנים נוטלים על עצמם חבויות אלו ואחרות, הגם שיודעים הם כי לא יוכלו לעמוד בהן אלא בעזרת שמייס, ומכל מקום, כי יקשה עליהם במאוד מאוד לעמוד בלוח הזמנים שקבעו לעצמם. ואולם ברצותם למשוך את לבם של קונים בכוח, ובאומרם אל לבם ואל אותם קונים בכוח, בלשון העם: "יהיה בסדר", עומסים הם על שכמם נטל זמנים שאין ביכולתם לעמוד בו... ובבוא יום פקודה, יום בו אין הם עומדים במשא הכבד, מוצאים קבלנים תירוצים וטעמים לרוב, מדוע החטאת לא לפתחם הוא רובץ אלא לפתחיהם של אחרים. דומה, כי רק מיצוי הדין אפשר שיעמידנו על רגלינו ויוליכנו קוממיות על דרך הישר; וכך נאמר: הסכמים יש לכבד - זו כל התורה כולה - והמפר ישלם" [עניין נאות דברת בעמ' 360].

כך ראוי לטעמי לסיים גם את פסק דינו, ונדמה שכל מילה נוספת מיותרת.

55. סוף דבר; סבורני כי יש לדחות את שני הערעורים שלפנינו, וכך אציע לחבריי שנעשה. בנוסף אציע לחבריי שנחייב את החברה בגין הוצאות הרוכשים בערעורה (ע"א 3849/09) בסך של 50,000 ש"ח, אך נימנע בנסיבות העניין מחיוב נגדי של הרוכשים בהוצאות החברה בערעורם (ע"א 4087/09).

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

1. אני מסכימה למסקנתו של חברי השופט י' דנציגר כי שני הערעורים דינם להידחות.

אכן ההתחייבות שנטלה על עצמה החברה (המערערת בע"א 3849/09) איננה התחייבות למאמץ או להשתדלות אלא התחייבות לבצע את הרישום ב"תוך כשנה ממועד מסירת החזקה בדירה לידי הרוכשים" (סעיף 11(א) סיפא לחוזה), ואף שהמועד האמור מתאפיין בגמישות מסוימת משנאמר ב"תוך כשנה" ולא "בתוך שנה", אין ולא יכול להיות ספק כי משחלפו שנים כה רבות מאז מסירת החזקה (בפברואר 1997) והרישום טרם בוצע, אין בכך כדי למלט את החברה מן הקביעה כי החוזה הופר על ידה בשל אי ביצוע הרישום במועד שעליו הוסכם. חברי השופט י' דנציגר התייחס בחוות-דעתו בהרחבה למנגנון "הזמן הסביר" הקבוע בסעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973. ספק רב בעיניי אם מנגנון זה יש לו תחולה במקרה דנן אך תמימת דעים אני עם חברי כי ככל שיש מקום להידרש למנגנון זה יש לעשות כן אך ורק במרחב "הזמן הסביר" העוטף את ההתחייבות המפורשת שבסעיף 11(א) לחוזה, דהיינו בתוך טווח המועדים הסמוך לשנה מיום מסירת החזקה - שנה ומעט לאחר מכן, אך לא יותר.

2. כמו כן, מקובלת עליי המסקנה כי החברה אינה יכולה להסתמך על תניית הפטור שסעיף 20(א) לחוזה משהוכח כי ידעה מראש על הקשיים הצפויים ברישום החלוקה והבניין כבית משותף, בשל היות הרישום מותנה בהסכמת יתר בעלי המקרקעין. משכך יש לראותה כמי שהתחייבה כלפי המשיבים לביצוע הרישום בתוך כשנה מיום מסירת החזקה, תוך נטילת

הסיכון כי הקשיים שעליהם ידעה מראש עלולים לעכב את ביצוע הרישום ולהכשיל את קיום ההתחייבות במועדה על כל הנובע מכך במישור החוזי.

3. אשר לע"א 4087/09 - נוכח ההסכמות שהושגו במסגרת רע"א 5315/09 נסללה סוף סוף הדרך לביצוע הרישום ומשכך נתייתר ערעור זה שאותו הגישו המשיבים ואשר עיקרו נוגע למינוי בא-כוחם ככונס נכסים לצורך ביצוע הרישום. די בטעם זה על מנת לדחותו.

אשר על כן אני מצטרפת, כאמור, למסקנתו של חברי השופט י' דנציגר כי דין שני הערעורים להידחות וכן אני מצטרפת להמלצתו בעניין פסיקת ההוצאות בערעורים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, ח' בתמוז התשע"ד (6.7.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט