

## פרק א':

## ערבות כספית

1. א. המועד הקובע להערכת הנזק הוא יום פסק-הדין.  
 ב. הערבות על-פי חוק המכר (דירות) נועדה להבטיח את חובתו של המוכר להשיב לקונה את כספו בערכו הריאלי.

ע"א 4218/90 חפציבה חברה לבניין עבודות ופיתוח בע"מ נ' אלכסנדר וכרמן להנר, תקעל (4)92 (29).

להשפיע על אותה הערכה, בין שהם פועלים לטובת בעל הזכות או לטובת החייב.

במקרה זה נאמר כי המשיבים זכאים לפיצויים על הנזקים שנגרמו להם עקב הפרת החווה על-ידי המערערת. סכום הפיצויים צריך להעמידם, ככל הניתן, במקום בו היו לו היה החווה עמם מקויים. חוות-הדעת השונות העריכו את סכומי הנזק בדולרים, נכון ליום עריכתן. "בהעדר ראיות בדבר מנגנון שיערוך אחר, צדקה הערכאה הראשונה אשר בחרה בהצמדת הערך השקלי של פרטי הנזק שהוערכו בחוות-הדעת למדד, מיום עריכת חוות-הדעת ואילך".

בנספח להסכם המכר נקבע כי המערערת תתן מקום חניה למכונית אחת לכל דירה, על מקום החניה להיות מרוצף אספלט, והוא יכול שלא להיות מקורה. כן נקבע כי מקום החניה לא יהיה צמוד לדירה. בפועל, אין כלל מקום חניה למכונית המשיבים.

בית-המשפט קבע כי הפיצוי בראש נזק זה הוא בסך 3,200 דולר.

בהמשך התייחס בית-המשפט לליקויים נוספים וקבע את גובה הפיצוי בגין כל אחד מהם.

טענה נוספת התייחסה להחזר ערבות בנקאית. המשיבים נדרשו על-ידי המערערת לשלם סכום השווה ל-800 דולר בגין הערבות הבנקאית שהמערערת המציאה למשיבים להבטחת תשלומיהם לה.

בית-המשפט המחוזי הורה למערערת להשיב למשיבים סכום זה, שכן המדובר בחיוב המוטל על-פי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 על המערערת, לתת ערובה לרוכשי דירות בעבור הכספים שהם שילמו לה.

המערערת טענה כי החוק וההסכם בין הצדדים אינם מחייבים אותה להעמיד למשיבים ערבות צמודה, כפי שעשתה בפועל. מכיוון שכך, הוצאותיה של ערבות זו צריכות לחול על המשיבים.

"המערערת בחרה להעמיד למשיבים ערבות צמודה. לא

המשיבים תבעו את המערערת בגין נזקים כלליים וספציפיים שנגרמו להם, לטענתם, על-ידי המערערת, חברה לבניין, אשר מכרה להם דירת קוטג' בת 5.5 חדרים בשכונת רמות בירושלים.

באשר לטענה בדבר איחור במסירת הדירה קבע בית-המשפט המחוזי כי המערערת מסרה למשיבים את הדירה שבעה וחצי חודשים לאחר המועד המוסכם. בנוסף, גם משנמסר המפתח למשיבים, הדירה לא היתה מושלמת (ארגזי התריסים היו מונחים באמצע הסלון וכן ארון המטבח שהיה הרוס לגמרי, חסרו כל החרסינות במטבח, דלתות לא נסגרו ועוד).

בנספח להסכם המכר נקבע כי למקרה והחברה לא תמסור לרוכש את הדירה לאחר חלוף המועדים הנזכרים בהסכם היא תשלם לרוכש בגין כל חודש של פיגור במסירת הדירה, לאחר חלוף המועדים הנ"ל, סכום בשקלים השווה לסך של 400 דולר לכל חודש לפי שער הדולר היציג בעת ביצוע התשלום.

הערכאה הראשונה זיכתה את המשיבים בסכום בשקלים השווה ל-2,800 דולר ביום ביצוע התשלום ולא ביום הגשת התביעה.

לטענת המערערים יש לבצע את ההמרה לשקלים של סכום הפיצוי ביום ביצוע התשלום ולא ביום הגשת התביעה.

נקבע כי אכן הצדדים קבעו בהסכם כי ההמרה לשקלים תעשה ביום התשלום ולסכום יתווספו כסעד כללי 11% ריבית לשנה החל ממועד הפרת החיוב לשלמו.

במקרה זה, המועד לתשלום הפיצוי בגין האיחור חל מידי חודש בחודש, במשך כל תקופת האיחור, לכן הריבית שנקבעה תיוסף לכל תשלום ותשלום מן המועד שבו היה צריך להשתלם ועד לתשלום בפועל.

באשר למועד הקובע להערכת הנזק נאמר כי זה יום פסק-הדין. המשמעות היא כי את הערכת הנזק יש לעשות ביום פסק-הדין תוך התחשבות בכל האירועים שארעו מיום התגבשות הזכות ועד יום פסק-הדין אשר יש בהם כדי

מוחלט של תוס'לב הזועק לשמים. עוד צויין כי באופן לא ברור אף ניתן היתר לתוספת הבניה, ללא החלטה מתאימה של הוועדה המקומית. נקבע כי בבניית התוספת הפרה המערערת את חובתה על-פי הסכם המכר שלא להגדיל את מספר היחידות במבנה, שכן תוספת הבניה אינה אלא דירה נוספת. בית-המשפט הורה על אטימת חלונות ופתחי התוספת הפונים לפטיו של המשיבים וקבע כי המערערת תפצה את המשיבים בסכום של 15,000 ש"ח, בתוספת ריבית והצמדה מיום הגשת התביעה.

המערערת טענה כי התוספת אינה מהווה יחידה נפרדת אלא חלק אינטגרלי מדירת השכן; עוד נטען כי המערערת היתה רשאית לבנות את התוספת שכן היא הותירה לעצמה זכות להוציא חלקים מן הרכוש המשותף ולעשות שימוש בזכויות הבניה ללא אישור הרוכשים.

בית-המשפט קבע כי אין ממש בטענה וכי מדובר בהפרה ברורה של הסכם המכר ובבניית יחידת דיור נפרדת הגורעת מרווחתן ומהנאתן של שאר הדירות בבניין.

"בנסיבות אלה נגרם למשיבים נזק של ממש: ראשית, תוכנית ההיתר מכילה אפשרות לקביעת חלונות הצופים ל-"פטיו" של דירת המשיבים; שנית, נוצר קיר משותף בין ה-"פטיו" האמור לבין התוספת, בעוד שעל-פי התוכנית המקורית אמור היה הפטיו להיות מבודד; שלישית, וזה העיקר, ערכה של דירת המשיבים פחת בשל התוספות יחידת מגורים נוספת לבניין ובשל ניצול חלקים מן הרכוש המשותף שלא לרווחת כלל הדיירים.

אכן, המשיבים התקשו בהבאת חוות-דעת מומחה בנוגע לגובה הנזק שנגרם להם, אולם עובדת קיומו של נזק למשיבים היא וודאית. בנסיבות אלה, הסכום שנפסק להם כפיצוי על-יסוד הערכה, בשל עצם הבניה, איננו גבוה, ובוודאי לא במידה המצדיקה התערבותה של ערכאת הערעור.

המערערים טוענים, כי לא נקרעו בתוספת הבניה פתחים הפונים לדירת המשיבים. המשיבים טוענים, כי פתחים כאמור מופיעים בתוכנית תוספת הבניה.

אנו קובעים, כי אם יש פתחים וחלונות לעבר הפטיו, הרי יש לאטמם ומכל מקום אסור לפתחם."

הערעור נדחה.

ניתנה להם אפשרות בחירה בין ערבות צמודה לערבות שאיננה צמודה. המערערת העדיפה, כמובן, העמדת ערבות צמודה אשר עלותה - כל כולה - מוטלת על המשיבים. המערערת היתה חייבת לעמוד בדרישות חוק המכר (דירות) על-השבונה, ואם בחרה לזכות את המשיבים בבטוחה טובה יותר אין היא יכולה בדיעבד לגלגל את עלותה עליהם. זאת ועוד, המערערת לא הוכיחה בכמה יקרה הערבות שהוענקה מן הערבות הצמודה שהיא היתה חייבת בה על-פי החוק. בנסיבות אלה, דין טענתה להידחות.

למעלה מן העניין אבקש להעיר, שאיני בטוח כלל ועיקר, כי חובתו של המוכר למסור לקונה ערבות בנקאית על-פי חוק המכר (דירות) מתמצית בהעמדת ערבות בנקאית בלתי-צמודה לזכות הקונה...

בענייננו, חובתו של המוכר היא להשיב לקונה את כספו בערכו הריאלי, היינו, כשהוא צמוד ונושא ריבית, אם אומר, כי הערבות על-פי חוק המכר (דירות) נועדה להבטיח את חובתו של המוכר להשיב לקונה את כספו בערכו הריאלי, כי אז מסירה לקונה של ערבות בלתי-צמודה, בנסיבות אלה, אין בה כדי להבטיח כראות את חובת ההשבה האמורה. יתכן, אפוא, לגרוס, כי הצרוף 'ערבות בנקאית להבטחת החזרתם של כל הכספים' כולל בתוכו, מיניה וביה, חובה למסור לקונה ערבות צמודה. כאמור, לא שמענו טיעונים בעניין זה, והדברים הנ"ל נאמרים על ידינו מעבר לנדרש בתיק זה."

טענה נוספת התייחסה לבניה אצל השכן. הערכאה הראשונה קבעה כי בעת שרכשו המשיבים את דירתם היה הבניין מתוכנן לכלול ארבע דירות. לקומת המגורים של דירת התובעים סמוך "פטיו" סגור, שלפי התכנון והרישוי בעת רכישת הדירה, לא היתה כל דירה סמוכה לקירותיו, פרט לדירת המשיבים.

כ-16 חודש לאחר שהמשיבים רכשו את דירתם, הגישה המערערת בקשה לתיקון היתר הבניה, באופן שתוכל לבצע תוספת בניה ליד ה-"פטיו" מתחת לדירת השכן. למשיבים לא הודע על דבר תוספת הבניה המתוכננת, והם גילו את הדברים באקראי.

הערכאה הראשונה קבעה כי המערערת נהגה בהעדר

2. אישום נגד קבלן על אי-הבטחת כספי קונים כמתחייב מסעיף 4 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 - חיובו לפצות את המתלוננים במסגרת ההליך הפלילי.

ע"פ (ב"ש) 202/87, 216 סעד ירחי נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"א(ב) 338.

הקונים, כנדרש בסעיף 4 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974. המערערת הורשע בכל שלושת האישומים, ובית-המשפט דן

המערערת הואשם בכך שניהל משא-ומתן עם שלושה קונים, שמכר להם בתים על מגרשים וקיבל מהם תשלומים העולים על 15% ממחיר הדירות מבלי שנקט פעולה להבטחת כספי

המסקנה שהיתה זו קניה של מגרש עם בית. בית המשפט דחה גם טענת המערער כי לגבי הקנס שהוטל עליו לא היה מקום לעשות שימוש בהוראות סעיף 63 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

"נהפוך הוא, מדובר בעבירה בעלת אופן כלכלי, שיסוד מרכזי בה הוא הרצון להשיג טובת הנאה שמקורה באימתן בטחונות לכספים שקיבל ולכן זהו מקרה קלאסי שיש מקום לעשות שימוש בהוראות סעיף זה..."

טובת ההנאה שהושגה אינה העמלה שהיתה צריכה להשתלם עבור הערבות או הפרש הסכום ששולם מעבר ל-15% במחיר הדירה, אלא כל הסכום שהתקבל בפועל מהקונים בלי לתת בטחונות להחזרתם, ולכן רשאי היה בית המשפט להטיל את הקנס בסכום שקבע... הוא הדין לגבי החיוב בפיצוי למתלוננים."

בית המשפט ציין כי העובדה שאחד הרוכשים הגיש תביעה אזרחית, אין בה לשלול את השימוש באמצעי זה, שהוא אמצעי מקוצר ומהיר ומעורבים בו אלמנטים של ענישה פלילית ופיצוי אזרחי.

אותו לתשלום קנס, למאסר על תנאי ולתשלום פיצויים לכל אחד מן המתלוננים. המערער והמדינה ערערו על פסק-הדין. המערער - על הרשעתו באישום הראשון, לגביו טען כי המכירה לא היתה של בית אלא של מגרש, וכן על עונש הקנס והחיוב בפיצויים; והמדינה - על כך שהמערער לא נדון למאסר בפועל.

בית המשפט דחה את הערעורים. אשר לערעור המדינה, נאמר כי בשל הזמן הרב שחלף, בשל מידת החריגה הקטנה מעל 15% שהמערער קיבל בשני מקרים ובשל הנסיבות המיוחדות של המקרה השלישי - אין מקום למצות את מלוא חומרת הדין במקרה זה.

אשר לערעור המערער, ציטט בית המשפט את קביעת בית המשפט קמא, לפיה לא יתכן כי כלפי מינהל מקרקעי ישראל יחשב הסכסם זה למכירת דירה, ואילו כלפי הלקוחות יחשב הסכסם לרכישת מגרש בלבד. מעבר לכך נאמר, כי בית המשפט קמא האמין לקונה, ובכגון דא אין בית המשפט של ערעור מתערב. כמו-כן נאמר שהעובדה שלחוזה צורף מיפרט מפורט של הבניה, מחזקת את

### 3. גביית כספים מרוכשי דירות בעבור ערבות בנקאית להבטחת קיום חובות הקבלן על-פי חוזה המכר.

ת"א (י"ם) 63/94 זכריה ראובן ואח' נ' גני שמש בניין פיתוח ונכסים בע"מ, תק"מח (2)96 (2592).

על-חשבון הנתבעת, היא האין התובעים מושתקים מלטעון בנושא זה, נוכח העובדה שהסכימו לחתום על החוזים במשאומתן חופשי, והיו בתוכם שניהלו, כפי שהיו כמובן זכאים, משאומתן לשינוי סעיפים מסויימים בחוזה, אך מסתבר שלא שינו את סעיף הבטוחה.

"(1) חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות) מטרתו היא הגנה על רוכשי דירות, כך שכספם לא יעמוד בסכנה ויהא מונח על קרן הציב."

מחד גיסא, הגנה זו נשמרה לכאורה במקרה דנן במובן זה שהנתבעת לא חלקה על חובתה ולא השאירה אותה - כבמקרה של ע"א 4218/90 חפציבה בע"מ נ' להנר, תק"על (4)92 - 29 - בספק, וגם מילאה אותה בפועל. התובעים לא היו "חלשים" הנוקקים להגנה במובן פסק-הדין ב"ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ואח', פ"ד מג(1) 441, לא היו "נחותים" שכלית או כלכלית, והם נהלו משאומתן חופשי בשוק חופשי; נכון שהחווה הוכן מראש אך נמסר להם (סעיף 40 לחוזה), כאמור, כי בידם לשכור עורך-דין משלהם, וחלקם ניהלו משאומתן על פריטים שונים ודרכם צלחה, עובר להתימת החווה.

מאידך גיסא, אם תכלית החוק בו מדובר - ואליה נשוב להלן - היא להטיל חיוב כל כולו על הקבלן, כצעד מכוון של המחוקק, שמא היה על הקבלן לשאת בכך בכל מקרה. ואולם, גם אם תמצי לומר כי מלכתחילה אמור היה הקבלן

בתיק דנן תובעים רוכשי דירות (התובעים) מהחברה שבנתה את הדירות (הנתבעת) בגין ליקויי בניה ועוד; בין סלעי המחלוקת מצויה טענת התובעים כי לא כדין גבתה הנתבעת מהם (בפועל כנראה ממרביתם) כספים בעבור ערבות בנקאית להבטחת קיום חובותיה על-פי חוזה המכר - ערבות שהיא אחת החלופות בסעיף 2 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974. התובעים מבקשים כי כספים ששולמו בעניין זה יוחזרו. הנתבעת כופרת בכך.

צוין כ בסעיף 20 לחוזה בין התובעים לנתבעת (משנת 1991) שהוכן על-ידי הנתבעת, נאמר כי "החברה תינתן לרוכש בטוחה בהתאם להוראות חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות). הוצאות הכרוכות בהוצאות הבטוחה יחולו על הרוכש. החברה תמציא את הבטוחה לרוכש לאחר שהרוכש שילם את ההוצאות להוצאת הערובה". אין גם חולק כי עצם ההתחייבות שבהוראת סעיף 2 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות) היא קוגנטית, והתנאה עליה היא עבירה פלילית.

השאלה הראשונה שעמדה לבדיקה, היא האם החובה הסטוטורית למתן הבטוחה משמעה - כי הבטוחה תינתן בכל מקרה ללא תשלום מצד הקונה, והאם גביית תשלום מהקונה במסגרת מסחר בשוק חופשי סותרת את הוראת החוק בנושא הבטוחה לעניין זה;

שאלה שניה, אף בהנחה כי היה על הבטוחה להינתן

הדירה. אך האינן ניתן לומר זאת על תשלומים שונים שגובים קבלנים מקוני דירות?

וכדוגמה, לוא בחרה התובעת בבטוחה אחרת שמאפשר - כאמור - חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות), כמו למשל העברת הבעלות במרשם המקרקעין (החלופה החמישית הנזכרת בסעיף 2(1) לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות) - האם היתה חייבת בתשלום דמי ההעברה?

יא. האידיך גיסא לטענת הקוגנטיות לגבי התשלום הוא כריתת החוזה במשא-ומתן חופשי וקיומו בתום-לב. סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 קובע, כי 'תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים'; וסעיף 25(א) קובע כי 'חוזה יפורש לפי אומד-דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה...'; (ב) 'חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל'. לא למותר להזכיר כי סעיף 12(א) לחוק קובע, כי 'במשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב'. בענייננו היה המדובר בהסכמה חופשית.

הואיל ומסקנתי בהמשך היא, כי אין לנו הכרח להכריע בשאלת הקוגנטיות בקשר לתשלום, אין גם צורך להכריע האם חל כאן סעיף 30 לחוק כאשר לחוזה ש'כריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי-חוקיים... או סותרים את תקנת הציבור'...

(1) לאחר התלבטות, נותר בי - כאמור - סימן שאלה האם נופל המקרה דנן בקטגוריות שלגביהן יש להפעיל ביקורת שיפוטית. הגעתי למסקנה כי אין לי צורך להכריע בשאלה הראשונה שהוצגה לעיל, קרי, האם החובה הסטטוטורית הקוגנטית חלה בכל מקרה גם על התשלום. זאת, כיוון שבנסיבות סבורני, כי אפילו כך הדבר - וכשלעצמי איני בטוח כי אכן כך - אין זה מוצדק לאפשר לתובעים, כעבור שנים אחדות, לאחר שניהלו משא-ומתן חופשי, לאחר שהבטוחה ניתנה ולאחר שהדירות נמסרו, וגם לאחר שהנתבעת עשתה בכסף שימוש בהנחה כי הוא בידה כדין, לתבוע את החזרתו...

לענייננו: המדובר אינו בצד חלש, אלא במי שניהלו משא-ומתן בשוק חופשי. לפיכך סבורני שיש לראותם כמושתקים לתבוע, כעבור שנים, את מילוי ההוראה הקוגנטית, גם אם צודקים הם בטענתם באשר לה. זאת, כיוון שהדבר נראה כעומד בניגוד לעיקרון תום-הלב.

ליתן את הבטוחה על-חשבונו, הרי בכוא הקונים לתבוע שנים אחדות לאחר הסכמתם בחוזה ובתשלום, עולה - כאמור - שאלת תום-הלב בקיום החוזה.

(2) חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות) מדבר בלשון קוגנטית; סעיף 2 קובע, כ'לא יקבל מוכר מקונה, על-חשבונו מחיר הדירה, סכום העולה על המישה-עשר אחוז מהמחיר, אלא אם עשה אחת מאלה:...' אך מלשונו כשלעצמה קשה, לכאורה, ללמוד בבירור באשר לשאלה על מי החובה לשלם את עלות החלופות. הקוגנטית יכולה להיות, לכאורה, באשר לעצם ההתחייבות, אך בעת ובעונה אחת לא לחול על זהות מבצע התשלום בשוק החופשי; וברוח הפרשנות התכליתית (א' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה) עלנו לשאול עצמנו, האם מושגת תכליתו של חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות) על-ידי פירוש המפריד בין השניים. נותר בלבי ספק באשר לתשובה, שכן החוק ביקש להבטיח את כספם של רוכשי הדירות, ואין חולק כי דבר זה נעשה במקרה דנן, וזו אף כותרת סעיף 2 לחוק - 'הבטחת כספי הקונה' אף אם נשאו רוכשים בעלות הבטוחה; אך תיתכן דיעה, גם בעקבות פסק-הדין הנזכר של בית-המשפט העליון, כי על הבטוחה להינתן ללא סייג על-חשבונו הקבלן, בגלל יחודיות האינטרס שעליו ביקש המחוקק להגן, ושלשמו חוקק חוק מיוחד...

ט. הניתן לטעון, כי המילים 'החברה תמציא את הבטוחה לרוכש לאחר ששילם את ההוצאות להוצאת הערובה' יוצרות מצב שבו התנתה הנתבעת על עצם הקוגנטיות, באומרה כי אם לא ישולמו ההוצאות - לא תומצא הבטוחה? לוא נטען הדבר מלכתחילה, עם חתימת החוזים, יתכן שהיה בטענה טעם. אך בדיעבד, ומשהומצאה הבטוחה לאחר משא-ומתן חופשי, ובלא טענה ומחאה, סבורני שהתובעים מנועים מלטעון עתה לאי-תקפות החיוב שבו חוייבו אותם מתוכם ששילמו את הבטוחה, וזאת מטעמי תום-לב. לא הייתי אומר כן אילו היה המדובר בדיור שפלוני כמעט "נאלין" מסיבה זו או אחרת לרכשו, כגון דיור ציבורי במקומות מסויימים.

י. בהנחה, הנותרת בצריך עיון, כי גם התשלום ולא רק עצם סיפוק הבטוחה, היה מוטל על הנתבעת, ואילו לא הוטל התשלום חוזית כפי שהוטל, יתכן שהיתה הנתבעת מגלגלת אותו ממילא על התובעים במחיר הדירה. כמוכן, הדבר היה מעלה את המחיר הנקוב ומוריד את תחרותיות

4. א. אין להתנות על סעיף 2 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות).  
 ב. אי-מתן הבטחה על-פי סעיף 2 לחוק המכר כאמור לעיל יוצר מניעה הנכנסת לגדרו של סעיף 43(א)(1) לחוק החוזים (חלק כללי) ומועד הקיום של החיוב הנגדי נדחה עד להסרת המניעה.  
 ג. קבלן שלא נתן בטוחה, כאמור, אינו זכאי לקבל כל סכום נוסף על מה שקיבל. ביטול הסכם על ידו יהיה במקרה כזה שלא כדין.

ת"א 1269/75, המ' 3731/75 אברהם קידר נ' ח.ה.ב. חברה להנדסה ולבניין בע"מ, פ"מ תשל"ו(א) 116.

23.8.73 ובו התחייבה המשיבה למסור למבקש ולרשום על-שמו זכות חכירה בדירה אחרת במבנה אחר ובתמורה שונה - 95,000 ל"י - אשר לגביה היתנה בחוזה הראשון שהיא "תשלום על-פי חוזה נפרד שנערך בין החברה לרוכש בדבר ביצוע עבודות תריסים". אין מחלוקת שחוזה נפרד זה הוא נספח ב'. אין גם מחלוקת שהחוזה הראשון לא בוצע ושהתמורה עבור עבודות התריסים שנזכרה בו הוכרה כתשלום של - 100,000 ל"י למטרת ההסכם נספח א'. בכתב הגנתו מעלה המבקש טענות שונות מדוע הוא חייב את הסכום הנ"ל, בין היתר טענה שהמשיבה אינה מסוגלת להשלים את הבניין ואת הדירה וכי בעל הקרקע ביטל את ההסכם אתה, כי הדיירים נטלו לעצמם את גמר הבניה, וכי המבקש השקיע בדירה סכומים העולים על הסך של - 50,000 ל"י. בבקשה זו טענת בא-כוחו קצרה וקולעת: ההסכם נספח א' נעשה לאחר שחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי הדירות), התשל"ה-1974, נכנס לתוקף ביום 2.2.75. לפי סעיף 2 של חוק זה (להלן "החוק") לא יקבל מוכר מקונה, על-ידי חשבון מחיר הדירה, סכום העולה על 15% מהמחיר אלא אם נתן את אחת מחמש הבטוחות המפורטות שם. המשיבה אינה רשאית לכן לדרוש כל תשלום נוסף מהמבקש עד שתיתן בטוחה, והמבקש לא הפר את ההסכם.

אין מחלוקת שהמשיבה לא נתנה אף אחת מהבטוחות ולא עשתה אף אחת מהפעולות המפורטות בסעיף 2 של החוק על חמש סעיפי המישנה שלו.

לבא-כוח המשיבה שלוש תשובות לטענה זו:

האחת, שהחוק הנ"ל כלל אינו חל משום שההסכם נספח א' מעוגן בחוזה הראשון שנעשה לפני החוק. השניה, כי אי-מתן אחת הבטוחות לפי סעיף 2 של החוק רק גורם לכך שהמוכר לא יקבל את המחיר באופן המוסכם בחוזה אך הוא זכאי לקבלו לפי קצב התקדמות הבניה כהוראות התקנות בדבר סייג לתשלומים ע"ח מחיר דירה (להלן "התקנות"). התשלומים שלא סולקו על-ידי המבקש אינם מהווים חריגה מהוראות התקנות ועל עובדה זו אין מחלוקת.

והטענה השלישית, שהמבקש ויתר בהסכם על בטוחה לפי החוק.

בית-המשפט קבע כי לפי הוראת סעיף 5 לחוק ברור שהחוק אינו חל על הדירה שלגביה נכרת החוזה הראשון,

ביום 6.6.75 נעשה הסכם בין המשיבה (התובעת) לבין המבקש (הנתבע), לפיו התחייבה המשיבה למכור למבקש דירה בבית משותף המוקם על ידה.

לפי הסכם זה (להלן נספח א') התחייבה המשיבה להעמיד את הדירה לרשות המבקש, כשהיא בנויה וראויה לשימוש, לא יאוחר מיום 15.7.75 ולהקנות לו עליה זכות חכירה, שתירשם בלשכת רישום המקרקעין תוך שנה מיום מסירת החוקה אך לא יאוחר מיום 5.6.77 (סעיף 2). מחיר הדירה נקבע לסך - 200,000 ל"י ואופן התשלום ומועדו נקבעו בסעיף 5 של ההסכם כדלקמן:

א. בסעיף 1(א) יש הודאה שסך - 130,000 ל"י שולם. למעשה אין מחלוקת שרק - 30,000 ל"י שולמו במזומן ו- 100,000 ל"י נזקפו לזכותו של המבקש תמורת ביצוע עבודות עבור המשיבה על-פי החוזה נספח ב' לתביעה.

ב. - 35,000 ל"י ישולמו על-ידי כך שהמבקש יטול על עצמו תשלומים חדשיים שוטפים על-ידי חשבון משכנתה שקיבל מנהל המשיבה, מהבנק האפוטיקאי. התחלת התשלומים ביום חתימת ההסכם (סעיף 5(ב)). לא נאמר אמנם בסעיף זה מה גובה התשלום החודשי ועד מתי ימשכו התשלומים, אך ברור מהאמור שם כי מועדי התשלומים לפי המשכנתה ימשכו גם לאחר 5.6.77 ושם עד אז לא תירשם זכות החכירה ע"ש המבקש יהיה זכאי להפסיק את התשלומים ולהשתמש בכספים לשם תשלום מיסים וחובות לצורך רישום החכירה.

ג. - 20,000 ל"י לא יאוחר מיום 20.6.75 (סעיף 5(ג)).

ד. - 15,000 ל"י לא יאוחר מיום 5.7.75 (סעיף 5(ד)).

מתוך התשלומים הנ"ל לא שילם המבקש את הסכום של - 15,000 ל"י לפי סעיף 5(ד) וכן לא שילם אף תשלום על-ידי חשבון המשכנתה. לאחר שניתנה רשות לתקן את כתב התביעה ב-המ' 1269/75 ברור הדבר לגמרי שהסכום שהתובעת טוענת לו הוא - 50,000 ל"י המרכיב משני השיעורים שבסעיף ב' ו-ד' לעיל.

ביום 27.8.75 שלחה המשיבה למבקש מכתב בו ביטלה את ההסכם נספח א', בין היתר בשל אי-תשלום הסך של - 15,000 ל"י לפי סעיף 5 ד' של ההסכם ואי-סילוק תשלומי המשכנתה.

להשלמת העובדות יש להוסיף עובדה נוספת שחשיבותה תתברר להלן: לפני חתימת נספח א' נעשה הסכם אחר בין הצדדים, (להלן "החוזה הראשון"). חוזה זה נחתם ביום

קשר בין המסירה לבין התשלומים שלא סולקו. לעיתים רחוקות יפרש בית-המשפט את התחייבויות הצדדים לחוזה כבלתי-תלויות זו בזו באופן שיוכל צד לתבוע קיום התחייבות משנהו מבלי שהוא עצמו קיים התחייבותו הוא... אחד המקרים המיוחדים והיוצאים מן הכלל של התחייבויות בלתי-תלויות זו בזו הן התחייבות המשכיר לתקן את המושכר והתחייבות השוכר לשלם שכר דירה. הוראות סעיף 5 של ההסכם נספח א' אינן יוצרת ניתוק כזה בין ההתחייבות לשלם את התמורה לפי ההתחייבות למסור את הדירה, אך גם אינן יוצרות, כפי שכבר ראינו, התחייבויות מקבילות שיש לקיימן בד-בבד. פירושו הנכון של סעיף 5 הוא שקיום אחר ההוראות בדבר התשלומים החלים עד למועד המסירה הוא תנאי למסירה. פירוש זה מתיישב גם עם הוראה שבסעיף 31 של חוק המכר הנותנת למוכר זכות עכבון על הממכר כדי תשלום הסכומים המגיעים לו מן הקונה.

אלא שחוק המכר (דירות) הנ"ל אינו מתיר למשיבה לקבל כספים נוספים, והמבקש אינו חייב לכן לשלםם לה. המסירה עצמה אינה יכולה לבוא במקום בטוחה כי אין מבטיחה לקונה את רישום זכות החכירה על-שמו. אם המשיבה תהיה זכאית לעכב מסירה עד התשלום ומצד שני אינה רשאית לקבל תשלום בשל מניעה שהיא גורמת לה יוצר כאן מעגל שוטה שתוצאתו תהיה מתן פרס למשיבה ואפשרו להתחמק מקיום התחייבותה. לא מטרה זאת התכוון המחוקק להשיג בחוק המכר (דירות) הנ"ל, אלא את היפוכה.

בית-המשפט בחן את הוראות סעיפים 43(א) ו-28(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 ומסקנתו היתה, שכל עוד לא ניתנה בטוחה, אין המבקש חייב בתשלום, אך המשיבה אינה פטורה ממסירת הדירה. גם זכות העכבון שבסעיף 31 לחוק המכר לא תעמוד לה, כי זכות זו קיימת כאשר מגיעים כספים מן הקונה שזמן פרעונם כבר הגיע, ואילו כאן נדחה מועד הפרעון לפי סעיף 43(א)1.

יש על-כן, לדעת בית-המשפט, לדחות גם את העתירה להצהרה שהמבקש אינו זכאי לקבל חוקה בדירה כל עוד לא שילם את מלוא התמורה. יצויין עוד, כי בכל מקרה, לפי סעיף 5 של ההסכם נספח א', לא היה תשלום כל התמורה תנאי מוקדם למסירה, שכן מועד התשלום של שעורי המשכנתה מתמשך גם מעבר למועד המסירה. בקשה חלופית היתה לקבוע מה על המבקש לשלם "במידה וינתן צו לביצוע בעין". בקשה זו הינה במידה מסויימת מוקדמת, הואיל ולא היתה בקשה לצוות על אכיפה, וגם המבקש לא פנה בתביעה לביצוע בעין.

למרות זאת ראה בית-המשפט לנכון לקבוע כי כנגד מסירת החוקה בדירה יתן המבקש ערובה, לשביעות רצון כב' הרשם, בסכום של -60,000 ל"י. הערובה הנ"ל תינתן להבטחת כל סכום שיפסק למשיבה, בתביעה כספית שתוגש על ידה, כיתרת תמורת הדירה והוצאות המשפט. מועד הפרעון יחול במעמד רישום זכות החכירה על-שם המבקש בלשכת רישום המקרקעין בהתאם להסכם. אם עד למועד הרישום בלשכת המקרקעין לא ינתן פסק-דין כנ"ל,

אך זו אינה הדירה נושא ההסכם נספח א' אשר נכרת אחרי תחילת החוק. משנכרת ההסכם השני, נספח א', לאחר תחילת החוק, חל החוק על הדירה וחלות הוראות סעיף 2 האוסרות על המוכר לקבל מהקונה סכום העולה על 15% מהמחיר מבלי לתת אחת מהבטחות הקבועות בו.

הסכום של -100,000 ל"י מהווה זיכוי עבור עבודות תריסים שבוצעו חלקן לפני תחילת החוק וחלק אחרי תחילתו. גם על עובדה זו אין מחלוקת, אך לוא בוצעו כולן לפני תחילת החוק, או גם אם יש לראות את הסכום של -100,000 ל"י כולו כאילו שולם לפני תחילת החוק, הרי יש בכך סילוק של 50% מהמחיר והמוכר אינו רשאי לקבל כל תשלום נוסף מבלי לתת בטוחה.

ובאשר לתקנות נאמר כי נכון שהתוספת שבתקנות קובעת לוח תשלומים בהתאם להתקדמות הבניה, אך התוספת מתייחסת רק לתקנה מס' 1.

התוספת אינה באה לשנות מהוראות סעיף 2 לחוק אלא להטיל הגבלה נוספת למקרה שהבטוחה הניתנה על-ידי המוכר אינה ערבות בנקאית או ביטוח על-ידי סעיף 2(1) ו-2(2) לחוק אלא בטוחה מהבטוחות הפחותות יותר, אלא שפורטו בסעיף 2(3), 2(4) ו-2(5).

את טענת היתור מבסס בא-כוח המשיבה על כך שבהסכם הסתפק המבקש בהתחייבות לרשום הערת אזהרה בידעו שהקרקע אינה רשומה על-שם המשיבה, הרישום נעשה לבלתי-אפשרי בגלל סכסוך עם בעל הקרקע ולא נתבקשה בטוחה אחרת.

בית-המשפט קבע לעניין זה כי החוק בא להגן על הקונה והסנקציה הפלילית שהוא מכיל (בסעיף 4) מראה בעליל כי לא ניתן להתנות ולוותר על ההוראה שבסעיף 2.

"התוצאה היא שהחוק חל וכי נאסר על המשיבה לקבל כל סכום נוסף על מה שכבר קיבלה מבלי שתיתן בטוחה. ברור לכן שהמבקש לא היה חייב ואיננו חייב לשלם כל סכום נוסף והביטול שהמשיבה התימרה לבטל את ההסכם בשל אי-תשלום אינו ביטול. מכאן שהמשיבה אינה זכאית לא להצהרה שההסכם הופר ובוטל כדין ולא להצהרה שהיא זכאית לפיצויים בשל אי-פרעון שעורי המשכנתה."

עוד טען בא-כוח המשיבה שאין חובה למסור את הדירה אלא כנגד תשלום מלוא התמורה. הוא מסתמך על סעיף 21 של חוק המכר, התשכ"ח-1968, בו נאמר כי המחיר ישולם במועד המסירה ועל סעיף 23 של אותו חוק בו נאמר כי החובה למסור את הממכר לשלם את מחירו הם חיובים מקבילים שיש לקיימם בד-בבד. אך הוראות אלה חלות, לפי סעיף 4, רק כשאין כוונה אחרת משתמעת מההסכם.

"בסעיף 5 של ההסכם נספח א' נקבעו מועדי התשלומים. כולם, פרט לשעורי המשכנתה, חל מועד תשלומם לפני מסירת הדירה. לא חל כל תשלום במועד הקבוע למסירה או במעמד המסירה. בכך יש 'כוונה אחרת' למטרת סעיף 4. תנאי סעיף 5 של ההסכם נספח א' הם, ולא הוראות סעיף 21 ו-23 של חוק המכר, הקובעים את היחס בין התשלום למסירה.

אך מכאן אין להסיק, כפי שמבקש בא-כוח המבקש, שאין

מתן פסק-דין סופי. אם בזמן כלשהו לפני מועד הפרעון כנ"ל תיתן המשיבה בטוחה לפי החוק, כי אז תהיה רשאית לפנות ולבקש שינוי בתנאים.

תירשם משכנתה לטובת המשיבה על זכות המבקש בדירה בעד רישומה, להבטחת כל סכום, עד ל- 60,000 ל"י - כפי שיפסק על-ידי בית-המשפט כנ"ל, שמועד פרעונה עם

5. מגמתו של חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, ובעיקר סעיפים 2 ו-6 שבו, היא למנוע הסתרת מוכר הדירה מאחורי אמירות כלליות, אשר אין בהן כדי להעמיד את קונה הדירה על כוונתו המפורטת והאמיתית של המוכר. החוק האמור בא למנוע, ככל האפשר, הפתעות לאחר מעשה, וכך יש לפרשו ולקיימו.

ע"א 118/78 גוב ארי חברה לבניין ולהשקעות בע"מ ואח' נ' יצחק כהן ואח', פ"ד לג(1) 805.

"בתנאי שהמחסנים הנוספים בשני הבניינים שנוספו מזרחית למחסנים הביתיים המחולקים יימסרו לבעלי הדירות בבניינים כמחסנים ביתיים משותפים."

כפי שעלה מן הראיות, הוסף תנאי זה כדי לא לחייב את המערערים בהריסתו של דבר שנבנה כבר.

המשיב ה-22, אנדרי וקנין, רכש את דירתו על-פי הסכם שנחתם ביום 29.1.1975, הווה אומר לאחר תחילת תוקפו של חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973. בגדר מיפרט טכני נמסר לו מסמך שכלל שרטוט הדירה, שרטוט הבניין על רקע סביבתו וכן מיפרט אשר תיאר את הדירה, המבנה, הנגרות, האינסטלציה, מתקנים ציבוריים משותפים (גז, טלפון, אשפה), פיתוח והערות כלליות.

את המחסנים ראה זמן רב לאחר שחתם על ההסכם, כי בזמן החתימה על החוזה הם היו עדיין בתהליך בניה.

להסכם עם וקנין הנ"ל לא צורף כל מיפרט אשר מוציא חלקים מן הרכוש המשותף. המערערים אמנם הצביעו על סעיף 7 לחוזה המכר, שלפיו הרשות בידי המוכרת לפי ראות עיניה, להוציא חלקים מהמגרש ו/או הגג מכלל הרכוש המשותף של הבית ולהצמיד חלקים כנ"ל לכל יחידה כרצונה או ליעדם לכל מטרה, שימוש וניצול כרצונה, אולם בית-משפט קמא קבע, כי אין לראות זאת בגדר מילוי הוראותיו של סעיף 6 לחוק מכר דירות, שהרי אין כאן פירוט כלשהו בדבר מהות החלק אותו מבקשים להוציא מהרכוש המשותף. לו רצו המערערים להוציא את המחסנים שבמחלוקת מן הרכוש המשותף, חייבים היו לדייק ולפרט, והנוסח הסתמי שבסעיף 7 לחוזה, אין בו כדי להועיל להם.

המערערים טוענים כי המחסנים אינם חלק מן הרכוש המשותף, אלא "דירה", כהגדרתו של מונח זה בסעיף 77 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. מכאן, כי לא היה צורך להוציא את המחסנים מן הרכוש המשותף, שהרי זה כולל ממילא רק את חלקי הבית חוץ מדירות.

זאת ועוד, התוכנית המקורית של בניית ארבע קומות יתכן ותתאשר בעתיד והדיירים ידעו, כי זו היתה המגמה הראשונית אשר עדיין בעינה עומדת. מכל מקום, אם לא תתקבל טענתם, מבקשים הם להרוס את המחסנים, ובלבד

המערער - חברת בניה והמנהל הכללי שלה - בנו על שתי חלקות קרקע, הסמוכות זו לזו, שני בניינים, אחד הניצב ליד הכביש והשני מאחוריו. בבניין הקדמי שלוש קומות ובכל אחת מהן ארבע דירות. בקומת הקרקע יש אולם כניסה, מקלט ושטחי חניה וכן 12 מחסנים קטנים, אחד לכל דירה. נוסף לכך יש בקומת הקרקע שני מחסנים נוספים ולגבי אלה טענה המערערת כי הם רכושה, בו בזמן שהמשיבים, שהם רוכשי הדירות בבית ואשר היו התובעים בבית-משפט קמא, טענו כי שני מחסנים אלה הם חלק מן הרכוש המשותף.

בבניין האחורי, אשר בו מספר הקומות והדירות זהה לאלו שבבניין הקדמי, סבה המחלוקת בין הדיירים לבין המערערים על מחסן אחד גדול וכן על מרפסת סגורה בקומת הקרקע, אשר צורפה לדירה שנבנתה שם בעבור נכה.

תוכניתם המקורית של המערערים היתה הקמת בניינים בני ארבע קומות, אך דבר זה לא נתאפשר על-ידי הוועדה המקומית, אשר נתנה היתה להקמת שלוש קומות בלבד. בשלב מאוחר ניתן, כאמור, היתר לבניית דירה בעבור הנכה. המחסנים עליהם מתדינים הצדדים שלפנינו נועדו בעבור הדירות שבקומה הרביעית המתוכננת.

גרסת המערערת היתה, כי השטחים של המחסנים הללו שיכים לה והיא רשאית להשתמש בהם כמחסנים שלה והם מיועדים לשמש את בעלי הדירות של הקומה הרביעית אם זו תיבנה אי-פעם.

ברישיון הבניה נאמר כי אין להצמיד שטחים בקומת העמודים או על החלקה כולה לאיזו דירה או גורם שהם פרט לשטחי חניית רכב בקומת העמודים (קומת העמודים היא קומת הקרקע). הרישיון להקמת הבניין ניתן ביום 24.3.1974. בקשה חוזרת להקמת קומה רביעית נחתמה ביום 17.7.1974 והרישיון להקמת דירת הנכה ניתן ביום 25.11.1975. בתוכנית במרץ 1974, שלפיה הירשתה בניית שלוש קומות בלבד, סומן השטח של המחסנים שיועד לבעלי הדירות בקומה הרביעית בצהוב, אשר פירושו כי השטח מיועד להריסה. כאשר ניתן לאחר-מכן הרישיון לבניית דירת הנכה, נאמר בין תנאיו:

לא יכלו לעשות כן מחוץ לגדר הוראותיו של חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973.

רישיון בניה כשלעצמו, אמנם אינו מנציח נסיבות נתונות, שהרי יכול שהמצב ישתנה ורישיון שסורב במועד פלוני יתכן שיוענק במועד פלמוני מאוחר יותר, אך יש ברישיון כדי לסייע בהסקת מסקנות לגבי מהותו ומשמעותו של המצב במועד נתון וכפי שציין בצדק בית-משפט קמא ניתן גם ללמוד מן הנסיבות השוררות בשלב נתון של המגע ומשא עם הקונים אם נוהג המוכר 'בדרך מקובלת ובתום-לב' כנדרש בסעיפים 6 לחוק המכר, התשל"ג-1973 ובסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

אם לא היו המחסנים יחידה שלמה ונפרדת למגורים, לעסק או לכל צורך אחר - וכאמור גם לא היו רשומים כדירות, כי טרם בוצע הרישום - הרי יש לראותם כחלק מן הרכוש המשותף...

מאחר ואין לראות במחסנים "דירות", חייבים היו המערערים לנהוג בהתאם לסעיפים 2 או 6(א)(1), לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, הכל לפי מועד המכר, אם ביקשו לשמור על המחסנים למטרות שמחוץ לגדר הכללתן ברכוש המשותף. כך יכלו, למשל, לכתוב מפורשות, כי המחסנים הללו יהיו חלק מן הדירות אשר ייבנו, אם ייבנו, בקומה הרביעית וכל עוד לא יוענק הרישיון לבניה יהיו יחידות נפרדות ועצמאיות. כמתואר לעיל, לא נקטו המערערים בדרך זו והמקסימום שנעשה בחלק מן המקרים, היה אזכור סתמי של הסמכות הכללית לערוך שינויים בהתאם לשיקול-דעתו של האדריכל או בהתאם לחוזה, בלי כל התייחסות מפורשת למחסנים המסויימים שעליהם מדובר. כל מגמתו של חוק מכר (דירות), התשל"ג-1973 ובעיקר סעיפים 2 ו-6 שבו היא למנוע הסתרות מאחורי אמירות כלליות כאמור, אשר אין בהן כדי להעמיד את הקונה על כוונתו המפורטת והאמיתית של המוכר. החוק האמור בא למנוע, ככל האפשר, הפתעות לאחר מעשה וכך יש לפרשו ולקיימו.

שהמשיבים לא יהנו מן ההפקר.

בית-המשפט ציין כי הבתים נשוא הדיון טרם רשומים כבתים משותפים ויכולה להישאר השאלה, אם יכולים להיעזר לצורך ההכרעה בעניין זה באמור בפרק ו' לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. יוזכר בהקשר זה כי סעיף 6 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, אשר חל על כל החוזים דנן, מתייחס לדירות בבית משותף או בבית המיועד להירשם כבית משותף ומפנה לעניין פירוש המונחים לחוק המקרקעין, אולם גם בכך אין כדי לסייע, הואיל וסעיף 6(א)(1) הנ"ל דן בהוצאתו של חלק מן הרכוש המשותף, ואם אין המחסנים בגדר רכוש משותף, עומדת הקושיה בעינה, גם אם מדובר על בית המיועד להירשם כבית משותף.

"נראה כי כדי לתת קיום להוראותיו של סעיף 6 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, אין אלא להסיק, כי גם לגבי בית המיועד להירשם כבית משותף יש ליישם אותם כללים ולפנות לאותן הגדרות אשר היו חלות אילו היה מדובר כבר בבית שנרשם. ביתר פירוט, עלינו לבחון לאור מכלול הנסיבות אם אכן מדובר, בכל הנוגע למחסנים, בחדרים או תאים שנועדו לשמש יחידה שלמה ונפרדת למגורים, לעסק או לכל צורך אחר. מן הראיות שהובאו לפני בית-משפט קמא ובעיקר מטענותיהם של המערערים דווקא, נובע כי המחסנים מעולם לא נועדו לשמש יחידות שלמות ונפרדות, אלא נבנו מתוך צפיה לקבלת רישיון לבניית קומה רביעית, כדי שישמשו חלק מן הדירות שייבנו שם. ראייתם של המחסנים, אשר כאמור נועדו תחילה להריסה, כיחידות שלמות ונפרדות, לא נולדה אלא לאחר מעשה, ולאחר שהוועדה המקומית לתכנון ולבניה ויתרה על ההריסה, כדי שהמחסנים יימסרו לבעלי הדירות כמחסנים ביתיים משותפים...

עם בניית המחסנים הם הפכו לאור אופיים, כמתקנים נגריים חסרי מעמד נפרד ועצמאי, לחלק מן הרכוש המשותף ואם לאחר-מכן ביקשו המערערים לשנות מעמדם

## 6. תוצאות אי-מתן ערבות על-פי חוק המכר (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) בנדון.

ה"פ (י"ם) 622/99 ינון קהתי ואח' נ' הירש (צבני) כהן, תק-מח 2000(3) 10265.

נפסק מפי כב' השופט עוני חבש:

בסכום של 528,165 ש"ח. אין מחלוקת כי המבקשים שילמו למשיבה סכום של 481,000 ש"ח על-חשבון הדירה. עם זאת, טוענים המבקשים, כי המשיבה הפרה את חובתה החוקית והחוזית, לספק להם ערבות על הסכומים שהועברו אליה, למעט ערבות שניתנה על סכום של 285,000 ש"ח. זוהי טענתם המרכזית של המבקשים. בבקשתם הם מעלים טענות שונות נוספות, לרבות שההסכם נחתם מתוך כפייה,

1. זוהי בקשה להצהיר על בטלותו של הסכם מכר מקרקעין שנערך בין המבקשים ובין המשיבה ביום 1.5.96. המבקשים התקשרו עם המשיבה, חברת בניה, בהסכם לרכישת זכויות ביחידה בבית המשותף בפרוייקט 'הר נוף' בשכונת רמת שרת בבית-שמש, והידוע כגוש 5340, חלקה 2. המבקשים רכשו את הזכויות ביחידה מס' 3 בבניין 75,



'...פניתי למר הירש מספר פעמים אמרתי לו כי לוחצים עלי מהבנק שמר הירש יתחייב לתת ערבות בנקאית לבנק ממנו לקחתי את המשכנתה. אחרי מספר פניות שהייתי פונה למר הירש הוא העביר את הערבות הבנקאית. לשאלה איך הוא העביר את הערבות הבנקאית - הוא העביר את הערבות הבנקאית נדמה לי שבאתי למשרד שלו בבית-שמש, הוא שם לי את זה במעטפה לקחתי את זה מהמשרד שלו והעברתי את זה לבנק לאומי למשכנתאות. ש. אתה לא הלכת לבנק בתל-אביב לשם קבלת הערבות. ת. לא.

ש. בטוח?

ת. כן' (עמ' 9).

ובהמשך:

'פניתי להירש (צבי כהן) ואמרתי אתה חייב להעביר לאילנה ערבות בנקאית אם לא היא רוצה את הכספים בחזרה. לפי זכרוני הוא דאג לערבות ושם אותה אצל המזכירה בבית-שמש עברתי ולקחתי את המכתב וצילמתי מזה עותקים יש לי אותם כאן' (עמ' 10).

4. יש לדחות את גרסתו של המבקש בעניין זה. גרסה זו אינה מתיישבת עם מכתב הבנק הנ"ל. אין כל סיבה סבירה להניח כי המשיבה חרגה מאותו 'נוהל' דווקא במקרה של המבקשים. לגרסה זו אין אף זכר בתצהיר שהוגש על-ידי המבקש במסגרת המרצת הפתיחה. כמו-כן, בא-כוח המבקשים בחר שלא לאמת גרסה זו למול עדותו של מר הירש, מנהל המשיבה, והוא לא נשאל כל שאלה בנושא זה. עולה מן האמור, כי מסתבר יותר כי המבקשים ידעו על הנוהל לקבלת הערבות לכספים שהעבירו לחברה, ואף פעלו על פיו לגבי חלק מן הסכום. לגבי יתרת הסכום, בחרו המבקשים שלא לפעול על-פי הנוהל, מטעמים שונים, ויתכן גם שמטעמי חיסכון בעמלה (יצויין כי ב-ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ בע"מ, תק-על 2000(2) 2076, נפסק כי אין כל פסול בקביעה בהסכם בין הצדדים כי הרוכשים הם שישאו בעלויות מימון עמלת הערבות).

כאמור, המבקשים יכולים היו לפעול לפי נוהל קבלת הערבות, ולא עשו כן. עם זאת, נוהל זה היה קיים רק עד תחילת '97, כפי שצויין במכתב הבנק הנ"ל. החל ממועד זה, התגלעו סכסוכים בין המשיבה ובין הבנק והבנק סרב להנפיק ערבויות לרוכשים.

נשאלת השאלה, האם אי-מתן הערבות למבקשים בתקופה שלאחר '97, מהווה עילה לביטול ההסכם בין הצדדים. בהקשר זה יודגש כי ההודעה על ההפרה וביטול החוזה בגין אי-מתן הערבות, נמסרו למשיבה רק באוקטובר '99, דהיינו 3 שנים לאחר ביצוע התשלומים בפועל.

טוענים המבקשים כי על המשיבה היתה מוטלת חובה שלא לקבל תמורה העולה על 15% מסכום הרכישה, מבלי שהוצאה ערבות מתאימה. משהפרה חובה זו וקיבלה סכום של כ-90% מסכום הרכישה, המדובר בהפרה יסודית המחייבת ביטול ההסכם.

5. אין בידנו לקבל טענה זו. סעיף 3 לחוק קובע 'סנקציה אורחית' לאי-מתן ערבות על כספי הרוכשים. מכוח סעיף זה הותקנו תקנות. תקנה 1 לתקנות המכר (דירות)

שהחווה נוגד את הדין ותקנת הציבור, וכן, שהחברה הפרה את התחייבותה למסור את החזקה על הדירה במועד המוסכם בחוזה. עם זאת, בדיון שהתקיים ביום 15.2.00 הסכים בא-כוח המבקשים למחוק את כל טענותיו, למעט הטענה הנוגעת לערבות, ולפיכך, בה נתמקד.

2. סעיף 9.1 להסכם בין הצדדים קובע כדלקמן:

'...בכפוף להוראת חוק המכר (הבטחת השקעות) ולזכותה של המוכרת להמרת בטוחות על פיו בהתקיים התנאים הקבועים בו לעניין זה, תבטיח המוכרת את השקעות הקונים בערבות בנקאית צמודה בגין כל סכום שישלמו על-חשבון התמורה, סמוך למועד תשלומו.'

סעיף 2 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 (להלן: 'החוק') קובע:

'...לא יקבל מוכר מקונה על-חשבון מחיר הדירה סכום העולה על חמישה-עשר אחוזים מהמחיר, אלא אם עשה אחת מאלה:

(1) מסר לקונה ערבות בנקאית להבטחת החזרתם של כל הכספים ששילם לו הקונה על-חשבון המחיר, במקרה שלא יוכל להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המכר, מחמת עיקול על הדירה או על הקרקע שעליה היא נבנית או מחמת צו לקבלת נכסים, צו פירוק או צו למינוי כונס נכסים שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע כאמור...'

המבקשים טוענים, כאמור, כי למעט סכום של 285,000 ש"ח, שבגינה הוצאה ערבות ביום 12.8.96, (נספח ב' לבקשה), לא הוצאה ערבות מטעם המשיבה על שאר הסכומים שהועברו לה על-ידי המבקשים. המבקשים רואים בכך הפרת הסכם, המהווה עילה לביטול. ביום 12.10.99 פנו המבקשים, באמצעות בא-כוחם, למשיבה ומסרו הודעה על הפרת ההסכם, וביקשו לתקן את ההפרה תוך 7 ימים (נספח ג' לבקשה). משלא תוקנה ההפרה, נשלחה ביום 24.10.99 הודעה על ביטול ההסכם בין הצדדים (נספח י' לבקשה).

3. המשיבה אינה חולקת על העובדה כי קיבלה מן המבקשים סכום של 481,000 ש"ח. עם זאת, היא טוענת כי כספי הרוכשים הובטחו כנדרש, בערבות בנקאית בבנק הפועלים. על-פי הטענה, המשיבה הפנתה כל רוכש, ובכלל זה את המבקשים, לסניף בנק הפועלים בתל-אביב, בו יכולים היו הרוכשים לקבל את הערבות בתמורה לתשלום עמלה מסויימת. לטענת המשיבה, רוב הרוכשים אכן פעלו בדרך זו, ואף המבקשים פעלו בדרך זו כאשר קיבלו את הערבות הראשונה על-סך 285,000 ש"ח.

בתמיכה לכך, הוצג בהסכמה מכתב בא-כוח בנק הפועלים מיום 9.3.00, לפיו בתקופה הרלוונטית לתיק, בשנת 1996 ותחילת 1997, נהג הבנק להנפיק לרוכשי הדירות בפרוייקט ערבויות לפי חוק המכר, וזאת לפי הפניית החברה.

המבקש 1, לעומת זאת, מכחיש כי ידע על 'נוהל קבלת ערבות' זה, וטען בעדותו, כי את הערבות הראשונה קיבל במשרדי החברה בבית-שמש, וכך מתאר המבקש את נסיבות קבלת הערבות הראשונה:

משווי הרכישה. המבקשים נקלעו כנראה לבעיית מימון בשלב האחרון של הפרוייקט. בעיה זו נבעה ממצוקה כספית שלהם ויתכן גם מריבית פיגורים מופרות שנקבעה בהסכם. עם כל הצער וההבנה למצוקותיהם של המבקשים, אין בכך כדי להביא לביטול ההסכם.

6. כאמור, החוק אף שהוא מונה סנקציה פלילית (סעיף 4) ואזרחית (סעיף 3 והתקנות לפיו), אינו קובע כי הסנקציה לאימתן ערבות היא ביטול החוזה. גם בפרשת ע"א 5790/91 כרובי נ' בנייני מ.י. גינדי בע"מ, פ"ד נא(3) 379, שבה לא הובטחו תשלומי הרוכשים כלל, לא בוטל ההסכם, אלא נקבע כי על המוכרת במקרה זה, לפצות את הקונים על תשלומי יתר שגבתה שלא בהתאם לשלבי הבניה ובניגוד לתקנות.

עוד יצויין, כי אין בעובדה כי התמנה כונס נכסים באתר הבניה כדי לשנות.

מטרת החוק היא להגן על רוכשים במקרה שמונה כונס נכסים, ולא ניתן להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה. בענייננו, יכולה המשיבה להעביר את הדירה, תוך ביצוע השלמות בה וכנגד השלמת התמורה, גם לאחר שהיא נתפסה על-ידי כונס הנכסים, כפי שהדבר עולה ממכתבו של כונס הנכסים מיום 7.6.00, אשר נמסר לבית המשפט על-ידי בא-כוח המבקשים ביום 7.6.00, קרי ביום קבלתו של המכתב הנ"ל. יוער כי בא-כוח המשיבים לא התנגד, למעשה, להגשתו, אך הסביר את הרקע לדבר. לתנאים אשר התנה כונס הנכסים ראה סעיף 2(ד) לתגובתו.

7. כאמור, בשלב מסויים, הבטיחה המשיבה את כספי רוכשי הדירות, בנוהל מסויים שהיה ידוע למבקשים. המבקשים בחרו שלא לפעול על-פי אותו הנוהל, ועל כך אין להם להלין אלא על עצמם. לפיכך, אין מקום להכריז על בטלות ההסכם, מחמת אימתן ערבות.

לגבי השלב בו לא הובטחו כספי הרוכשים, נחה דעתנו כי בשלב זה, היתה הדירה בשלב בניה מתקדם ביותר, ולכן המשיבה היתה זכאית לקבל את הכספים שקיבלה, בהתאם לתקנות בנושא. עם זאת, ועל-מנת להבטיח את כספי המבקשים, אנו מבקשים להעיר כי טוב תעשה המשיבה, אם תפעל באופן מהיר, להשגת ערבות לכספי המבקשים.

במצב זה אין לנו אלא להביע תקווה כי הצדדים יפעלו תוך התחשבות הדדית ויביאו סכסוך זה לידי סיום.

לאור זאת יש לדחות את הבקשה. לאור נסיבות העניין, אין צו להוצאות.

(הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (סייגים לתשלומים על-חשבון מחיר דירה), התשל"ה-1975, קובעת במפורש כי:

'...קונה של דירה שהכספים ששילם או שעליו לשלם למוכר לא הובטחו כאמור בסעיף 2(1) או 2(2) לחוק, לא יהא חייב בתשלומים על-חשבון מחיר הדירה בשיעורים העולים על אלה הקבועים בתוספת, על-אף האמור בחוזה המכר.'

החוק והתקנות אינם קובעים סנקציה של ביטול החוזה עקב אימתן ערבות.

הסנקציה שנקבעה קשורה למועד העברת התשלומים, הכפוף לשלבי הבניה בפועל.

קונה של דירה שתשלומיו לא הובטחו בערבות מתאימה, לא יהא חייב בתשלומים העולים על אלה הקבועים בתוספת. בתוספת נקבע לוח זמני התשלומים על-פי שלבי התקדמות הבניה. יוצא אפוא, כי החוק והתקנות לפיו, אינם מכירים באפשרותם של רוכשים שלא לשלם את כספי הרכישה לחברה הקבלנית, אלא מתנה תשלומים אלו בביצוע עבודות בניה בשטח. לפי התוספת, על הרוכשים לשלם למוכר סכום של 90% משווי הדירה עם גמר עבודות בניה שונות, לרבות גמר טיח חוץ או ציפוי חוץ של הדירה, ואילו את 10% הנותרים יש לשלם עם מסירת הדירה בהתאם לחוזה המכר.

במקרה שלפנינו, כבר בזמן החתימה על ההסכם, היתה הבניה בשלב מתקדם.

בסעיף 5.2 של נספח א'1 לבקשה נאמר: 'עוד מצהירים הקונים כי ראו את אתר הפרוייקט ואת הבניין וכן את הדירה, שהינה בשלבי ביצוע עבודות גמר'. כמו-כן, ממכתב המשיבה מיום 6.11.96 (נספח י"א לבקשה) עולה, כי בניית הדירה הסתיימה כולל עבודות חשמל, נגרות, טיח חוץ, וטיח פנים ונמצאת בשלב של עבודות ריצוף בדירה והשלמות אחרות שלאחריה. העבודות הנחוצות בדירה, כפי שנטען על-ידי המשיבה, ולא נסתר על-ידי המבקשים, הן עבודות גמר שונות כגון ריצוף וקרמיקה, שמחייבות עבודה של שבועיים בלבד. שלב זה הוא שלב מספיק להעברת 90% מכספי הרכישה למוכר, לפי התקנות לעיל. המבקשים לא הביאו כל ראיה שתוכיח כי מצב הדירה לא תאם את שנאמר באותו מכתב. העובדה כי לא הסתיימו עבודות הריצוף בדירה וכי בעקבות חלופה הומן, חלה במקום הזנחה, אין בה כדי לשנות. לפיכך, בשלב בו שולם התשלום האחרון על-ידי המבקשים, דהיינו ביום 9.12.96, יכולה היתה המשיבה לקבל סכום של עד 90%

7. האם רשאי קבלן להטיל את מימונה של ערבות בנקאית אותה הינו מחוייב ליתן על-פי חוק המכר (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) על רוכשי הדירות עצמם? אותה תקנת ציבור המקימה את חובתו של הקבלן לספק לרוכש דירה ערבות בנקאית להבטחת החזרתם של כספים ששילם הרוכש לקבלן על-חשבון המחיר, אינה מתקיימת באשר למימונה של אותה ערבות. חובת המימון של הערבות הבנקאית - להבדילה מחובת הספקתה של הערבות עצמה - חובה דיספוזיטיבית היא, ורשאים הן הקבלן והן רוכש הדירה להסכים כי בנטל מימון זה ישא רוכש הדירה.

ע"א 3190/99 יוסף שוקר ועוד 109 אח' נ' ע.ר.מ. רעננה, פ"ד נד(3) 127.

נפסק מפי כב' השופט מ' חשין:

(1) מסר לקונה ערבות בנקאית להבטחת החזרתם של כל הכספים ששילם לו הקונה על-חשבון המחיר, במקרה שלא יוכל להעביר לקונה בעלות או זכות אחרת בדירה כמוסכם בחוזה המכר, מחמת עיקול שהוטל על הדירה או על הקרקע שעליה היא נבנית או מחמת צו לקבלת נכסים, צו פירוק או למינוי כונס נכסים שניתנו נגד המוכר או נגד בעל הקרקע האמור;

חובה זו המוטלת עליו - להמציא ערבות בנקאית לקונה דירה - היא אחת מחמש חובות חלופיות המוטלות על קבלן (והמנויות בסעיף 2 לחוק המכר דירות), ומטרת כולן היא להבטיח כספים ששילם קונה לקבלן על-חשבון מחיר הדירה.

ואולם אנו לא נדבר אלא בחלופת הערבות הבנקאית, שהיא העומדת בזירת ההתגוששות בין בעלי הדין.

4. הכל מסכימים כי החובה המוטלת על קבלן ליתן ערבות בנקאית בידי קונה - חובה קוגנטית היא. הוראת המחוקק 'הוראה קוגנטית (היא) שאין להתנות עליה'. כך נפסק מפורשות זה מכבר, ואין חולקים על תחנת מוצא זו למסע: ע"א 449/85 היועץ המשפטי לממשלה נ' גד חברה לבניין בע"מ ואח', פ"ד מג(1) 183, 196 (מפי הנשיא שמגר). לאמור: 'אין מוכר יכול ליפטר מחובת ערבות זו שהטיל עליו המחוקק, וגם הסכמה מפורשת בין מוכר לבין קונה אין בכוחה להסיר מעל גבו של מוכר נטל שהוטל עליו' (בש"א 7875/96 ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ נ' שוקר, פ"ד נב(3) 285, 287).

אם זה דין הערבות, מה דין מימונה של הערבות? האם נאמר כי דין המימון יהא כדין הערבות, שהטפל ילך אחר העיקר והמימון אף הוא - כמוהו כערבות - ישמיענו חובה קוגנטית המוטלת על הקבלן? או שמא נאמר: חובת הערבות היא לעצמה; מימון הערבות הוא לעצמו; ויכולים ורשאים הם הצדדים להטיל את חובת המימון על הרוכש?

5. שאלה זו הציגה עצמה לפניי בזמנה - לעת בקשתה של החברה לעכב את ביצועו של פסק-דין שניתן באחד מגלגוליו של העניין שלפנינו - וכך אמרתי בין שאר דבריי (פרשת שוקר, לעיל, 288):

'לא נמצא לי - לא בפירושו של חוק המכר דירות ולא בפירושה הסביר של המאטריה - כי יש טעם והגיון בקביעה כי חובת מימון הערבות הבנקאית הינה חובה קוגנטית המוטלת על המוכר. אכן, טעמים העושים חובת נתינתה

1. חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 - בסעיף 2 בו - מחייב קבלן (בתנאים מסויימים) להבטיח כספים ששילם לו קונה על-חשבון מחיר הדירה, על דרך מסירתה של ערבות בנקאית (בצד דרכים אחרות להבטחת כספי הקונה). מה דין מימונה של אותה ערבות בנקאית? בהסכם מכר בין קבלן לבין קונה - הרשאי הוא הקבלן להטיל על הקונה את חובת מימונה של הערבות? האם נאמר כי רשאי הוא, או שמא נאמר: ומה הערבות הבנקאית גופה אין הקבלן יכול ורשאי להעמיסה על גבו של הקונה - לא כן יהא דין מימונה של הערבות?

בשאלה זו ובשאלות נילוות לה נגלגל בדברינו להלן.

2. מאה ועשרה הם המערערים לפנינו וכולם הם רוכשי דירות בפרוייקט 'לב הפארק - רעננה'. המשיבה שלפנינו היא החברה שיזמה את הפרוייקט, הקימה את הבתים ומכרה את הדירות למערערים. בהתאם לחוזה הרכישה - וכחובתה על-פי חוק - מסרה החברה המוכרת בידי כל אחד מן המערערים-הרוכשים, ערבות בנקאית להבטחת הכספים שהרוכשים שילמו לה. על-פי אותם חוזים, נטלו הרוכשים על עצמם לשלם לחברה סכומי כסף שונים, וביניהם: 'השתתפות' בתשלומים שהחברה עמדה בהם למימון הוצאתן של אותן ערבויות בנקאיות. הרוכשים שילמו לחברה אותם כספי מימון, ולאחר שקיבלו את הדירות פנו לבית-המשפט תביעה להשבתם.

לטענת הרוכשים לא היתה החברה המוכרת רשאית לחייבם בתשלום מימונה של הערבות הבנקאית, ומכאן תביעתם להשבה. בית-משפט קמא דחה את תביעת הרוכשים, ומכאן הערעור שלפנינו.

החוק שלעניין, פסק-דינו של בית-משפט קמא והשאלות שבמחלוקת

3. חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 (להלן נכנה חוק זה - 'חוק המכר דירות או החוק') - כך הוא מורה אותנו בסעיף 2(1) בו:

2. הבטחת כספי הקונה

לא יקבל מוכר מקונה, על-חשבון מחיר הדירה, סכום העולה על חמישה-עשר אחוזים מהמחיר, אלא אם עשה אחת מאלה:

דירות.

8. מה דין ההוצאות הכרוכות במימון הערבות, והאם יהא דינן כדין הערבות?

האם יסוד הקוגנטיות יזרם מגופה של החובה לספק ערבות בנקאית אל מימונה של אותה ערבות? שאלה זו, שאלת פרשנות חוק היא - פרשנות במובנו הרחב והיצרתי של מושג הפרשנות. וזאת נדע כבר מראשית: אין ענייננו אך בפירוש מילות החוק או בפירוש הטקסט: גם מילות החוק גם הטקסט מובנים הם, פחות או יותר; אין אנו מדברים לא בהבנת המילים ולא בחיבוריהן זו אל זו; מכוונים אנו, בענייננו, לפרשנות ולא לביאור או לפירוש; לקונוטציה (connotation) ולא לדנוטציה (denotation); לחשיפת הצופן השולט בנורמה והמניע אותה ולא אך למראה פניה של הנורמה; כדי שנראה לא אך לעיניים אלא ללב. על אלה אמרתי במקום אחר (בג"צ 4031/94 ארגון "בצדק" ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח(5) 1, 68):

'שלושה המה גדולים, ובמועצתם יוכרע דבר: לשונו של חוק, תכליתו של חוק, סבירותו (הגיונו) של חוק (במובנו הרחב של מושג הסבירות, ובו עיקרי יסוד השיטה). כל אחד מן השלושה מושך לעברו הוא, ובין שלושה ישרור - או עלול לשרור - מתח תמיד. עיסוקו של הפרשן הוא לנסות ולמצוא נקודת איזון ראויה, אותה נקודה ארכימדית אופטימלית שבעזרתה יוכל החוק לשמש מנוף נורמטיבי ראוי ויעיל להשגת מטרה שה'מחוקק' - קרי: שיטת המשפט בכללה - ביקש להשיגה. בדרכנו לפירוש נפתח בלשונו של החוק; לפנים, לאחור ולצדדים, ונסה להבין מה השמיענו המחוקק ומה תכלית ביקש להשיג ככל שאותה תכלית משתקפת בלשונו. לאחר-מכן נותר לשונו של חוק במקומה, ונסה למלא כרסנו חכמת תכלית בטקסטים שהם לבר החוק. בשלב הבא נשוב אל לשונו של החוק, ונסה למזג לשון בתכלית; ולסוף נמשיך בלשון ונבדוק סבירות פירושים חלופיים הטוענים, כל אחד מהם, לבכורה. פתחנו בלשון עירומה; המשכנו בבירור תכלית; וסיימנו בלשון של תכלית ושל סבירות. לא בכל עניין ועניין זו תהא הדרך, אך זו דרך לבירור פירושו של חוק במקום שבו מתגושים יסודות יוצרים של פרשנות: לשון, תכלית וסבירות... עיסוקנו בפרשנות הוא במתן משקלות לכל אחד מאותם שלושה יסודות הבונים את דרך הפרשנות, ובמציאת שיווי משקל בין השלושה.

9. לשון החוק, כשהיא לעצמה, לא תקדם אותנו כבדת דרך משמעותית. אכן, מתוך שקבלן נושא בחובה לספק ערבות בנקאית לקונה, ניתן ללמוד כי הקבלן הוא אף מי שחייב לשאת בנטל מימונה של הערבות; 'נסכים על פירוש החוק, כי בהעדר הוראה אחרת בין מוכר לבין קונה, חייב המוכר לשאת בנטל מימונה של הערבות הבנקאית' (פרשת שוקר, שם, 287). ראו עוד פסק-דין הנאה של השופט רמי אמיר ב"ת"א (שלום-כפר-סבא) 3555/94 גלאון נ' זלינגר - חברה לקבלנות בע"מ, דינים שלום טו 316), בפסקה 42 לפסק-הדין. וכך, כשם שהקבלן נושא בחובת

של ערבות בנקאית להיותה חובה קוגנטית, נעדרים מנושא מימונה של אותה חובה... הערבות הבנקאית היא לעצמה ומימונה של הערבות הבנקאית הוא לעצמו. זו לעצמה וזה לעצמו, ומלכות ברעותה לא תיגע. כל דברים אלה כולם אמורים, כמובן, כל עוד מחיר הערבות הוא סכר והערבות ניתנת בתנאים המקובלים בשוק. לאמור: כל עוד אין בתנאי המימון באשר הם כדי לחתור עמוקות תחת עצם החיוב ליתן ערבות.

חזרתי ועיינתי בסוגיה, הפכתיה ימינה ושמאלה, מעלה מטה, ולא מצאתי טעם טוב לשנות מדעתי. ואם אוסיף עוד מלל אין זאת אלא משום כבודו של בית-משפט קמא ומשום כבודם של בעלי הדין.

6. בית-משפט קמא פסק (בין השאר) כי חובת המימון לאו חובה קוגנטית היא, והסיק מכאן כי ניתן להעבירה משכס אל שכס - משיכמו של מוכר דירה לשיכמו של הקונה. המערערים תוקפים קביעת דין זו, ולטענתם חובת המימון תלך אחר חובת הערבות וחופת הקוגנטיות על השתיים. לדבריהם, שומה עליו על בית-המשפט - לעת פירוש החוק - לתת דעתו לכך שחוק המכר דירות 'חוק צרכני' הוא, וכמסקנה נדרשת מכאן - כי עיקרון החופש החוזי מסיג עצמו מפני טובת הצרכן ומפני כוונת החוק להגן על הצרכן. המשיבים תומכים, למותר לומר, בפסק-דינו של בית-משפט קמא, ולסברתם נתונה שאלת המימון להסכם שמוכר וקונה כורתים ביניהם.

עיון ודיון

7. תופעה חברתית-כלכלית ידועה היא בישראל, שדיירים מבקשים להיות בעלים של דירותיהם; ומשאת-נפשם של דיירים בשכירות היא שיהפכו מהיותם שוכרים להיותם בעלים. רוב הרוכשים דירות משקיעים בקניה את כל חסכוניהם, ומוסיפים ונוטלים הם הלוואות לצורך הרכישה. על הרוב - כך בימינו - נרכשות דירות עוד בטרם היותן, והקבלן בונה את הדירות, בין היתר, בכספים שהרוכשים משלמים לו מעת לעת. למותר לומר - כל קטן יבין זאת - שאם יפשוט הקבלן רגל, או אם ייעלם ואיננו קודם רישום הדירה על-שם הרוכשים - ובהעדר ביטחון ריאלי - עלול כספם של הקונים לרדת לטמיון; וכבר היו דברים מעולם. ראו והשוו: הצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ג-1973, ה"ח 1074, 365. ראו עוד: א' פרוקציה, "הערות להצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ג-1973", משפטים ה' (התשל"ד-1974) 452. על כל זאת נזכור את חשיבותו הנעלה של בית בחיי הפרט בישראל, ולא יהא מן המותר אם נחזור על דברים שאמר השופט שמגר בפרשת רוט נ' ישופה (בניה), ע"א 148/77, פ"ד לג(1) 617, 624...

חוק המכר דירות נועד להתמודד עם נושא יחיד ומיוחד זה של רכישת דירות - ועם החששות לכספיהם של רוכשים המתלווים אליו - ואחד האמצעים להגנת הרוכשים נקבע בחיובו של קבלן להבטיח את כספי הרוכשים דירות בדרכים מדרכים שונות, ביניהן בהוצאתה של ערבות בנקאית לטובת הרוכש כאמור בסעיף (1) לחוק המכר

בהוראות מפורשות מעין אלו; ובהיתקלנו בהוראות חוק 'אילמות', הנטל הוא - למותר לומר - עלינו, על הפרשנים, להשלים את החסר על דרך בדיקת טיבה של החובה. כיצד נמלא אנו את חובתנו (הקוגנטית)?

11. בפרשת ליפקין נ' דור הזהב בע"מ ואח', ע"א 156/82, פ"ד לט"ו (3) 85, נתנה השופטת נתניהו סימנים בחובה קוגנטית, וכה שחה היא לנו (שם, 94-95):

'יש שמטרתה של הוראת חוק היא לשמור על זכויותיהם של אלה, שהחוק רואה במ טעוני הגנה, ולא רק מפני אחרים אלא גם מפני עצמם. כרוך אז בכך לא רק אינטרס אישי של אותם אלה, אלא גם אינטרס ציבורי, שיסודו בטובת הכלל, אשר אינו כפוף לרצונם שלהם, והם אינם רשאים לסכל את מטרתה של אותה הוראת חוק ולהתנער ממנה...

עניין שבמדיניות משפטית הוא, משיקולים של טובת הציבור, אם הוראה זו או אחרת, שנועדה לטובתו של אדם, הוראה כופה היא, שאין הוא רשאי להשתחרר ממנה ואין לוותר עליה. אם כזו היא ההוראה, התחייבות לוותר עליה תהא נוגדת את טובת הציבור ותהיה בטלה מתוקף הוראת סעיף 30 של חוק החוזים.'

קביעתה של חובה כחובה קוגנטית נובעת, בין השאר, מתכלית פאטרנליסטית של שיטת המשפט כלפי החלשים ובעלי עמדות מיקוח נחותות, להגן עליהם מפני החוקים ומפני החכמים מחוכמים. וכלשונו של המשנה לנשיא אלון ב"ד נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פ"ד מג"ו (1) 441, 469 (לשאלת הטלתה של חובת שוויון על מכרו פרטי):

'גישה פאטרנליסטית... אכן מצויה היא במערכת משפטנו, והיא עולה בקנה אחד עם תפיסתנו החברתית של הגנה על החלש ועם תחושת הצדק והיושר, כגון באותם מקרים שאחד מהצדדים לחוזה נחות בכישוריו השכליים או במעמדו הכלכלי במידה כזו שקיים חשש שוא יהיה צפוי לניצול, והמחוקק בא למסקנה, שמן הראוי ומן הצדק לפרוש את כנפי החוק עליו ולקבוע בחוק דרישות והנחות, שיש בהן כדי לתקן פגם ונחיתות אלה.

מן הראוי להפנות לדוגמאות אחדות לכך... הוראות החוק הבאות להגן על אחד הצדדים שהוא בעמדת מיקוח נחותה - כגון: ...חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974, ועוד.'

ראו עוד דברי הנשיא שמגר, שם, 462-463. באותה דרך: רע"א 2512/90 סופרגו חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער ואח', פ"ד מה(4) 405, 418-419; ג' שלו, שם, 31-32; ע"א 477/88 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוניברסיטת תל-אביב, פ"ד מד(2) 476, 481-482; פרשת כובשי, 622-623; ס' דויטש, "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים", עיוני משפט כג (התש"ס-2000) 135-176.

12. שניים הם הכוחות המושכים לצדדים, כל אחד מהם לעברו שלו; ובגבור הכוח האחד והנה חובה דיספוזיטיבית לפנינו, ובגבור הכוח האחר והנה חובה קוגנטית נגדנו. הכוח האחד הוא חופש החוזים והוא עיקרון על בחשיבתנו

הוצאתה של ערבות בנקאית, כן נושא הוא בחובה הנגזרת מאותה חובה - היא החובה לממן אותה ערבות. ואולם מה הוא טיבה של אותה חובה? על כך לא הורנו החוק דבר וחצי דבר: האם כאם - החובה לספק ערבות בנקאית, כן תהא בתה - חובת מימון הערבות, והבת תלך בעיקבות האם ותורה אותנו חובה קוגנטית? או שמא נאמר החובה הקוגנטית ילדה חובה שאינה חובה קוגנטית, קרא: חובה דיספוזיטיבית?

סיווגה של נורמה פלונית כנורמה המטילה חובה, עדיין אין בה כדי לקובעה כחובה קוגנטית דווקא - להבדילה מחובה דיספוזיטיבית - ושומה עלינו להמשיך ולחקור. וכלשונו של אהרן ברק בספרו חוק השליחות (התשנ"ו-1996), כך א', בעמ' 132-133:

'השאלה בדבר אופיה הקוגנטי או הדיספוזיטיבי של הוראה פלונית מתעוררת בכל חומרתה, באותם מקרים שבהם אין למצוא בלשון ההוראה כל התייחסות - בין מפורשת ובין משתמעת - לאופיה הדיספוזיטיבי. האם כל ההוראות הללו הן ממילא קוגנטיות? נראה לנו כי התשובה על כך היא בשלילה. בהעדר הוראה מפורשת בלשון הסעיף, יש לבחון את אופי הקוגנטי או הדיספוזיטיבי תוך התייחסות למטרת ההוראה.'

אכן, לא נוכל לספק עצמנו אך במראה פניה של הנורמה; שומה עלינו לצלול אל קרקעיתה ולבחון מקרוב את המוח המפקד עליה ואת מערכת העצבים המפעילה אותה. והשאלה היא: האם נטל מימונה של הערבות הבנקאית - אותו נטל הנלווה כצל אל החובה לספק ערבות בנקאית - משמיענו חובה קוגנטית או שמא אין הוא אלא חובה דיספוזיטיבית? האם חובה היא הדבקה בקבלן או שמא חובה היא שהקבלן יכול ורשאי - בהסכם עם הקונה - להעבירה אל שכם הקונה? ובלשון אחרת: מהו אותו יסוד העושה חובה להיותה חובה קוגנטית? מהו אותו יסוד אשר בהעדרו תהא חובה פלונית אך חובה דיספוזיטיבית?

10. יש שהמחוקק יטרח להודיענו מפורשות כי הוראת דין פלונית הוראה קוגנטית היא, הוראה היא שאין להתנות עליה ואין לוותר על הטובה שהיא נועדה להשיע. כך היא, למשל, הוראת סעיף 7א לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, ולפיה 'אין להתנות על הוראת חוק זה, אלא לטובת הקונה'. דוגמה נוספת תמצא לנו בהוראת סעיף 17 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ולפיה: 'הוראות חוק זה יחולו על-אף כל ויתור או הסכם נוגד'. ראו עוד: דברי השופט ש' לויין ב-ע"א 4644/91 משה כובשי חברה תובלה ותעבורה בע"מ נ' בנק הפועלים, פ"ד מט(1) 617, 622. מנגד, יש שהמחוקק יזכנו באמירה מפורשת ולפיה הוראת דין פלונית הוראה דיספוזיטיבית היא. כך, למשל, היא הנוסחה המקובלת בחוקים מן המשפט הפרטי המורה אותנו כי הוראות החוק תחולנה 'באין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים'. ראו עוד: דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים (התשנ"א-1991, כך א') 278-279; גבריאלה שלו, דיני חוזים (מהדורה שנייה, התשנ"ה-1995) 29. ואולם לא תמיד - שמא נאמר: על הרוב - לא יזכה אותנו המחוקק

המשפטית. וכלשונה של הוראת סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973: '24. תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים.'

תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים. עיקרון-על זה, יש הסוברים כי הפך זכות יסוד מאז חוקי היסוד החדשים; ואולם לענייננו עתה אין אנו נצרכים לפיסגת ההר דווקא. אם קולו של חופש החוזים יישמע, כי או יוכלו קבלן ורוכש דירה להסכים ביניהם כי רוכש הדירה הוא שיישא בחובת מימונה של הערבות הבנקאית. להבדילו מעיקרון חופש החוזים - חופש המהווה עיקרון-על וכבודו על-פני כל שיטת המשפט כולה - הכוח האחר, זה כוח המושך מנגד, מרכז עצמו בנורמה פלונית ובתכלית של אותה נורמה, ומורה הוא אותנו כי אינטרס ציבורי פלוני ראוי לו שיגבר על עיקרון חופש החוזים. אם קולו של אותו אינטרס ציבורי יישמע, כי או לא יהא קבלן ראוי להעמיס על גבו של קונה את חובת מימונה של הערבות.

הנטל עלינו מוטל הוא - על פרשני החוק - לבידור אם חובה פלונית שנקבעה בחוק, חובה היא הנשלטת בידי עיקרון חופש החוזים - דהיינו: אם חובה דיספוזיטיבית היא - או אם אינטרס ציבורי פלוני יכריע במקרה העומד לדיון את עיקרון חופש החוזים, וכמסקנה נדרשת מכאן נדע כי החובה - חובה קוגנטית היא, חובה היא הכופה עצמה עלינו בניגוד לעיקרון חופש החוזים.

הנה הוא רוכש דירה מקבלן - והדירה טרם נבנתה אך הרוכש נדרש לשלם תמורתה, כולה או חלקה, מראש - יכול שלא יהא מודע לסיכונים הכרוכים בתשלום סכומי כסף גדולים לפני קבלת הדירה לחוקתו ורישומה על-שמו; והחשש לפתח רובץ, כי לא יהיו לו לרוכש יכולת וידע להעריך כראוי את הסיכונים שהוא נוטל על עצמו, ואפשר יעדיף לוותר על הערבות הבנקאית ולו כדי לשלם עבור הדירה סכום נמוך יותר. אכן, ידענו כולנו כי אנשים מסכימים לוותר על זכויות-שלעתידי לבוא כדי לזכות בזכויות של ההווה, הגם שזכויות אלו האחרונות פחותות מזכויות ראשונות. רוכש דירה - בהיותו הצד החלש - נדרש איפוא להגנה, ומכאן מסקנתנו - מסקנה אינטואיטיבית הנתמכת בנימוקים ראויים - כי החובה לספק ערבות בנקאית חובה קוגנטית היא, חובה קוגנטית להבדילה מחובה דיספוזיטיבית. וכך נאמר, איפוא: החובה לספק ערבות בנקאית נולדה, מעיקרה, להגנה על החלש ועל הזקוק להגנה - להגנה עליו מפני אחרים ומפני עצמו - ולתקנת הרבים והיחיד. ביודענו זאת, נוסף ונדע כי חובה זו חובה קוגנטית היא. כך בדוגמה זו וכך במקרים אחרים, כגון במשפט העבודה הסוציאלי ועוד.

ראו עוד: פרידמן וכהן, 45 עד 65, 125 עד 131, 280; א' זמיר, "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)", משפטים ל' (התש"ס-2000) 505-509; א' זמיר, עיקרון ההתאמה בקיום חוזים (התש"ן-1990) 160.

להשלמה נוסף ונאמר, שכנגזרת מעיקרון חופש החוזים, נקבע כתחנת מוצא לפרשנות כי חובה פלונית שהוטלה בחוק - חובה דיספוזיטיבית היא, והטוען לקוגנטיות של אותה הוראה ישא ב'נטל הפרשנות'. ראו: פרידמן וכהן,

128.

13. כיצד נדע איפוא אם חובה פלונית חובה קוגנטית היא, חובה הכופה עצמה עלינו מלמעלה? הגדרתה של חובה כחובה קוגנטית יש בה משהו מן המעגליות: חובה נראה בה חובה קוגנטית אם תכליתה היא כי תהיה חובה קוגנטית. וכך, חובה היא חובה קוגנטית אם החוק קבעה מפורשות כחובה קוגנטית, ובכל לשון שהיא; כך, למשל, בקבוע חוק מפורשות כי הוראה פלונית שבו, אין ניתן לא לוותר עליה ולא להתנות עליה, נדע כי חובה קוגנטית היא הניצבת לפנינו. ואילו מקום שהחוק לא נטע חובה פלונית מפורשות כחובה קוגנטית, הוטל על בית-המשפט, על הפרשן המוסמך של חוק, לקבוע אם חובה קוגנטית היא, אם לאו, על-פי תכליתו של החוק. תכלית זו נלמד עליה, בין השאר, לאחר שניתן סימנים בהוראת החוק העומדת לדיון. ובלשונה של השופטת נתניהו בפרשת ליפקין (שם), (94):

'מתי תיחשב הוראת חוק כקוגנטית ומתי תיחשב כדיספוזיטיבית? הכלל הוא, כי 'תוכנו של החוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים'. זו הוראת סעיף 24 של חוק החוזים (חלק כללי)... אך כל זאת בתנאי שאין משתמע אחרת מהחוק או ממטרתו.'

ראו עוד: פרשת אוניברסיטת תל-אביב, 482; ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל - עמותה נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד (מה(5) 89, 102.

נמצא לנו, איפוא, כי בהעדר הוראה מפורשת על היותה של הוראת חוק פלונית הוראה קוגנטית, 'נפרש' אותה כהוראה קוגנטית לאחר שנגיע לכלל מסקנה כי ראוי לפרשה - כתכליתה, כנגזרת מקיומו של אינטרס ציבורי ומטעמים של מדיניות משפטית כללית - כחובה קוגנטית.

14. חורנו איפוא לתחילתה של דרכנו, והשאלה שאלה: מהי מילת הקוד שחובה פלונית אמורה להשמיענו עד שנדע כי חובה קוגנטית היא, חובה שאין היא ניתנת להעברה? בדברינו למעלה מניינו מספר סימנים שניתן לזהות על פיהם חובה קוגנטית, והתשובה הכל-כוללת לשאלתנו מסיבה עצמה על עוצמתה של תקנת הציבור הגלומה בחובה העומדת לדיון, על מישקלה הסגולי של החובה, על מידת החום העולה ממנה, על האור הבוקע מגרעינה - אם אור בוקע ומסנוור או אם אור חיוור הוא - על מישקלו של האינטרס אשר קומם את החובה מראשיתה, ואם נגיע לכלל מסקנה כי תקנת הציבור הגלומה בחובה עוצמתה היא רבה, כי מישקלה הסגולי של החובה הוא כבד, כי מידת החום העולה ממנה היא גבוהה, כי האור הבוקע מגרעינה אור בוקע ומסנוור הוא, וידענו כי החובה חובה קוגנטית היא. שלא כחובה הקוגנטית היא החובה הדיספוזיטיבית. כל כולה של חובה זו לא נוצרה (לענייננו) אלא להקלה ולנוחות המבקשים לקשור עצמם בחוזה. החוק כמו משער מראש מה היו אנשים בני-דעת מסכימים ביניהם בעסקה פלונית או במעמד מסויים, ובונה הוא השערה זו כחובה המוטלת בחוק על מי מן הצדדים לעסקה או למעמד. השוו: פרשת ארגון שחקני הכדורגל, 102; דויטש, שם. אין נושפת

להבטחת השיפוי לכשיבוא, אם יבוא. בסכומי כסף גבוהים אלה אין רוכש הדירה מתחייב כלל. מתחייב הוא אך במימון העמלה שהבנק דורש להספקתה של הערבות הבנקאית, וסכומה של זו נמוך בהרבה - למותר לומר - מסכומה של הערבות. כך, למשל, בענייננו שלנו הסתכם המימון אך באחוז ורבע עד אחוז וחצי מתמורת הדירה - שלא כערבות הבנקאית שניתנה על סכומי כסף של מאות אלפי שקלים. נדע מכאן כי שתי חובות אלו - זו החובה לספק ערבות בנקאית וזו החובה לממן אותה ערבות - הגם שהשתיים שקשורות הן זו בזו בקשר אינטימי, עשויות הן, כל אחת מהן, חומרים אחרים. היקש מטיבה של חובה אחת לטיבה של חובה אחרת לא יהא איפוא היקש ראוי. למותר לומר, הדברים ברורים מאליהם, שאין אנו מדברים אלא בצידו המשפטי של הנושא.

17. יתר-על-כן: בהעדר מחיר מירבי מחייב על-פי חוק, קביעת מחירן של דירות נתונה לשיקול-דעתם של הקבלן ושל רוכשי הדירות. ברצותם - שמא נאמר: ברצות הקבלן - מעלים מחיר וברצותם מורידים מחיר. לו אמרנו שחובת המימון חובה קוגנטית היא, ובהעדר מחיר מירבי על-פי חוק, מה היה מונע את הקבלן מהעלאת מחיר הדירה כדי המימון שהוא חייב בו? מה מן הקבלן יהלך אם יאמר להטיל את חובת המימון על רוכש הדירה, או אם ישא בנטל הוא עצמו אך יעלה את מחיר הדירה באותו סכום? אף אתה אמור: מתוך שהקבלן יכול ורשאי להעלות את מחיר הדירה כדי סכום המימון, אין כל טעם לפרש את חובת המימון כחובה קוגנטית. השוו: זמיר א', "הבסיס התיאורטי של חוק המכר דירות", משפטים ל (תש"ס) 498-499. משל למה הדבר דומה, למיבצר ששעריו עשירי ברזל הם, עליהם שיבעה בריחים, ומחוזקים הם בשרשראות ברזל כבדות, כפולות וצלובות. כך הוא מפניו, ואילו מאחוריו פתוח הוא המיבצר לרווחה. הלך מחוץ כי יבקש לבוא אל המיבצר, לא יתקשה לסוב את המיבצר מצידו ולהיכנס אליו מאחוריו. פני המיבצר הם כאותה חובה שהמעצרים מבקשים לפרשה כחובה קוגנטית, וההלך הוא הקבלן אשר ייכנס למיבצר מאחוריו. זה משל וזה נמשל בצידו.

18. הכרזתה של חובת המימון כחובה דיספוזיטיבית - להבדילה מהחובה להמציא ערבות בנקאית, שחובה קוגנטית היא - קובעת גם את גבוליה. עמדנו על כך בפרשת שוקר, ולאחר שאיפיינו את חובת המימון כחובה דיספוזיטיבית גרידא, אמרנו כך (שם, 288):

'כל דברים אלה כולם אמורים, כמובן, כל עוד מחיר הערבות הוא סביר והערבות ניתנת בתנאים המקובלים בשוק. לאמור: כל עוד אין בתנאי המימון באשר הם כדי לחתור עמוקות תחת עצם החיוב ליתן ערבות.'

פירושו: חובת המימון חובה דיספוזיטיבית היא, אמנם, אך ככל שתקרב לחובת הערבות עצמה, כן תרחיק עצמה מיסוד הדיספוזיטיביות ותקרב עצמה להיותה חובה קוגנטית; והכל בתיתנו דעתנו לתכליתו של החוק, התכלית של הגנה על רוכשי דירות. אכן, אפשר כי במקרה פלוני יהיו תנאי המימון ונסיונות העסקה שקולים

בעורפה של חובה זו כל תקנת ציבור לוחצת - כצורך להגן על חלשים - ומעיקרה לא יועדה היא לתת ביטוי לערך חברתי חשוב. אכן, כל הוראת חוק אמורה לשקף אינטרס ציבורי כלשהו, שאם לא כן לא היתה באה כלל לעולם.

ואולם להיותה של הוראת חוק פלונית הוראה קוגנטית, חייב שיהלחל בה אינטרס ציבורי, כבד ומיוחד ואין די באינטרס ציבורי כלשהו. ראו עוד: פרידמן וכהן, 278-279.

15. על רקע דברים שאמרנו, הבה נחזור לשאלה הניצבת על פיתחנו ומבקשת למצוא לעצמה מרגוע. חובת המימון של הערבות הבנקאית - מה הוא טיבה?

בא-יכוח בעלי הדין טענו לפנינו, זה בכה וזה זה, בנסותם למצוא סימנים המעידים על טיבה של חובת המימון. כך, למשל, ביקשו השניים - כל אחד מהם מצידו - להסתמך על הצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות על רוכשי דירות) (תיקון מס' 3) (תשלום הוצאות), התשנ"ח-1998 - הצעת חוק אשר לא יצאה מגדר היותה הצעה - אך לא מצאנו כי ניתן ללמוד מהצעה זו לענייננו. כך הוא אף כאשר לסימנים אחרים שהוצעו לעיוננו ואנו לא מצאנו בהם ממש.

16. בבוחנו מקרוב את נושא מימוןה של הערבות הבנקאית, לא נוכל למצוא בה אף לא אחד מן הסימנים שניתן למנות בחובת הספקתה של ערבות בנקאית: לא תקנת ציבור מקוממת אותה, לא הגנה על החלש, ולא כל סימן אחר העושה - או העשוי לכונן - חובה להיותה חובה קוגנטית. אכן, חוק המכר דירות - המכונן את החובה לספק ערבות בנקאית - פוקד עצמו עם אותם דברי החוק המכונים 'חקיקה צרכנית' (ראו, למשל: פרידמן וכהן, 128, 137), והם חוקי מגן לצרכן.

ואולם קביעה זו, כשהיא לעצמה, אין בה כדי לקדמו במחקר ובהבנת אופיה של חובת המימון. צירוף התיבות 'חקיקה צרכנית' אינו נוסחת קסם לכינונה של חובה קוגנטית - לא בענייננו ולא בכל מקרה אחר - ושומה עלינו להוסיף ולהעמיק בטיבה של החובה עד שנותר לאפיינה כחובה קוגנטית.

גם הניסיון להקיש מחובת הספקתה של ערבות בנקאית לנטל מימוןה של אותה ערבות - בטיעון כי הקוגנטיות הדבקה בחובה לספק ערבות בנקאית דבקה ממילא גם בחובת המימון - היקש זה מקורו בכשל מחשבה, ויש בו כדי לערב מין בשאינו מינו. הגם שאין ערבות בלא מימון; ועל-אף שהמימון הולך אחר הערבות; שני אלה - הערבות והמימון - באו מעולמות אחרים. ערבות בנקאית אינה ממצה עצמה במימוןה - לא בבחינת המהות ולא בבחינת הסיכון הכספי. הערבות יכולה שתגיע לעשרות ולמאות אלפי שקלים, ובבוא אחד מן הכשלים האמורים בסעיף (12) לחוק המכר דירות, יכבד הבנק את הערבות ובהרף עין יפנה אל הקבלן לשיפוי.

יש להניח כי הבנק יאמר להבטיח עצמו מראש, וידרוש מן הקבלן - מראש - כי ישעבד רכוש ריאלי או כי יבטיח הקפאתם של סכומי כסף וניירות ערך בסכומים מתאימים

ובנחרצות שבה הם נאמרים. אכן, מלחמת נפילים היא הנטושה לפנינו, מלחמה בין דוקטרינה קוגנטית של חובה תוס-לב לבין חובה (חובת המימון) שעל-פי המשוער חובה קוגנטית היא. ובין נפיל לנפיל - ידו של איזה נפיל תהא על העליונה?

נסכים, כמובן, כי בנסיבות אלו ואחרות תגבר דוקטרינת תוס-הלב על חובה קוגנטית פלונית מן הדין. השוו, למשל: פרידמן וכהן, שם, 613-615. ואולם מתוך שעל דרך זו נעקפת חובה קוגנטית שהורתה בתקנת הציבור, דומה שראשית יש להעמיד את שתי החובות הנוגדות זו כנגד זו, למוד את עוצמתן היחסית בנסיבותיו של עניין פלוני, ורק אז להחליט אם ניתן לוותר על קיומה (כמשוער) של החובה הקוגנטית למימון, בשלמותה או בחלקה. האם היה בית-משפט קמא אומר אותם דברים שאמר לו נועד ה-'מימון' לספק בטחונות לבנק להוצאתה של הערבות הבנקאית? מסופקני. אכן, מתגנבת מחשבה אל-לב כי בית-משפט קמא נכון היה להעדיף את חובת תוס-הלב בידעו בליבו פנימה כי חובת המימון, להלכה ולמעשה, חובה דיספוזיטיבית היא.

ואחרי אומרנו כל דברים שאמרנו, נסכים - על דרך הכלל - כי לא כל החובות הקוגנטיות נעשו חומר אחד; כי יש מהן שהן בעלות עוצמה רבה במיוחד ויש מהן שעוצמתן עוצמה חלשה היא יחסית לחברותיהן. אותם דברים יאמרו אף על הפרתה של חובת תוס-הלב, שלא הרי הפרה כהרי הפרה: יש שצד ינהג בחוסר תוס-לב מובהק וחומר ויש שצד ינהג בחוסר תוס-לב שאינו כה חומר. ובמאבק האיתנים שבין הפרתה של חובת תוס-הלב מזה, לבין הפרתה של חובה קוגנטית פלונית מזה, חייב בית-המשפט ליתן דעתו גם למישקלותיהם היחסיים של האינטרסים הנפגעים. יש טעם בדברים שאמר השופט אמיר בפרשת גלאון (לעיל, בפסקה 40 לפסק-הדין), ולפיהם:

'...אם אכן... מדובר בחובה קוגנטית - אינני בטוח אם השיקולים הציבוריים והכלליים, הפטרנליסטיים מעצם טיבה של כל הוראה קוגנטית, אינם גוברים על השיקולים הפרטיים שמוצאים ביטויים בחובת תוס-הלב. לכל הפחות, היה נדרש חוסר תוס-לב קיצוני - ולא די ב'סתם' שיהוי, בחלוף השנים, ובקבלת הערבות והדירה.' מתוך שלא עלינו המלאכה לגמור, נשבע ונותיר לבאים אחרינו. השוו עוד, לאחרונה: עמרי ידלין, "תוס-לב במשפט העבודה הישראלי: מן הכלל אל הפרט", עיוני משפט כב (התש"ס-1999) 867-869.

15. המערערים טוענים בערעורם בנושא הוצאות שהוטלו עליהם, אך לא מצאנו הצדק להתערב גם בשאלה זו. סוף דבר

16. אציע לחבריי כי נדחה את הערעור וכי נוסף ונחייב את המערערים לשלם למשיבה שכר-טרחת עורך-דין בסכום של 50,000 ש"ח."

כנגד התחמקות הקבלן מחובת הערבות הבנקאית. השאלה בכל מקרה ומקרה תהא אם תנאי המימון יש בהם כדי לסכל את תכלית החוק, התכלית של הבטחת כספים שהרוכש משלם לקבלן מעת לעת. כך, למשל, אם בגידרי המימון נתבע הרוכש לספק את הבטחונות שהקבלן נדרש להמציא לבנק, יפיקע עצמו אותו 'מימון' מהיותו מימון דיספוזיטיבי ויהפוך להיותו מימון שהקבלן חייב לשאתו על שיכמו. ואנו לא ניתן לד"ר ג'קיל להפוך למיסטר הייד. ראו עוד פרשת גלאון לעיל, בפסקה 41 לפסק-דינו של השופט אמיר.

19. מסקנתנו היא איפוא זו, שאותה תקנת ציבור המקימה את חובתו של הקבלן לספק לרוכש דירה ערבות בנקאית להבטחת החזרתם של כספים ששילם הרוכש לקבלן על-חשבון המחיר, אינה מתקיימת באשר למימונה של אותה ערבות. חובת המימון של הערבות הבנקאית - להבדילה מחובת הספקתה של הערבות עצמה - חובה דיספוזיטיבית היא, ורשאים הם קבלן ורוכש דירה להסכים כי בנטל מימון זה ישא רוכש הדירה. כך על דרך הכלל וכך בענייננו שלנו.

נסיים באומרנו כי שלא כטענת המערערים, בית-משפט זה לא קבע בפרשת הפציבה חברה לבניין עבודות ופיתוח בע"מ נ' להנר, ע"א 4218/90, תק-על 29(4)92, כי נטל מימונה של הערבות הבנקאית יוצר חובה קוגנטית המוטלת על הקבלן. כך גם סבר בית-משפט זה ב-ע"א 7873/96 ע.ר.מ. חברה לבניה והשכרה בע"מ נ' שוקר, תק-על 96(3)1. ראו עוד פרשת שוקר, שם, 288.

20. בית-משפט קמא דחה את תביעתם של רוכשי הדירות בקובעו כי חובת המימון חובה דיספוזיטיבית היא. על טעם זה עמדנו באריכות לעיל ולא נוסף בו.

ואולם בית-משפט קמא ראה לדחות את התביעה מטעם נוסף שניתן לתמצתו כהעדר תוס-לב מצד הרוכשים. ניתן להניח, קובע בית-המשפט, כי הרוכשים ניהלו משא-ומתן חופשי עם הקבלן והתקשרו בחוזים מרצון חופשי - ללא כל אילוץ או כפייה - וביודעם מהן העלויות הכספיות החלות עליהם, לרבות עלותה של הערבות הבנקאית. ניתן עוד להניח, כי לו נשאלו הרוכשים לעת חתימת החוזים אם נכונים הם לכסות את מימון הערבות ולהבטיח בכך את הכספים שישלמו לקבלן, היו הם עונים על כך בחיוב, 'ואך חוכמה שלאחר מעשה, היא שמביאה אותם לתביעה זו, לאחר שהם יושבים לבטח בדירותיהם...'. על בסיס זה, כך מוסיף וקובע בית-משפט קמא, ניתן היה לדחות את התביעה, וכי 'התובעים מנועים, בנסיבות העניין, מלתבוע השבה'. פירוש הדברים הוא, שבית-משפט קמא נכון היה לדחות את תביעת הרוכשים - בנסיבות העניין - גם בהנחה שחובת המימון חובה קוגנטית היא, והכל בשל העדר תוס-לב מצידם, השתק-מצג ואף שיהוי.

באותה דרך הלכו בתי-המשפט גם במקרים אחרים. אני מהסס להסכים לדברים אלה; מכל מקום - בהחלטיות