



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8227/20

לפני: כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ
כבוד השופט י' כשר

המערער: ערן קסירר

נ ג ד

- המשיבים:
1. חיים אמסלם
 2. אילנה ראב"ד
 3. שלמה אהרונים
 4. גלינה פסין
 5. אבישי שטרק
 6. נעמי פרג'י
 7. משה פרג'י
 8. חנה קלמפפר
 9. גיא תירוש
 10. רינת גורודנצ'יק
 11. יוכבד גינציג
 12. ארנון ארנשטיין
 13. עזבון המנוח זאב ארנשטיין ז"ל
 14. עו"ד יואב מוזר

ערעור על פסק הדין החלקי ופסק הדין המשלים של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט ג' גונטובניק) מיום 1.6.2020 ומיום 2.10.2020 (בהתאמה) ב-ה"פ 13373-10-16

תאריך הישיבה: כ"ט בתשרי התשפ"ג (24.10.2023)

בשם המערער: עו"ד יגאל קווה; עו"ד שלמה מנחם
בשם המשיבים 1-11: עו"ד רותם שור
בשם המשיבים 12-13: עו"ד עפר ברוך
בשם המשיב 14: בעצמו

פסק-דין

השופט י' כשר:

ערעור על פסק הדין החלקי ופסק הדין המשלים של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט ג' גונטובניק) מיום 1.6.2020 ומיום 2.10.2020 (בהתאמה), ב-ה"פ 13373-10-16.

1. עסקינן בבניין ברחוב זלטופולסקי בעיר תל אביב-יפו (להלן: הבניין). הבניין מחולק לקומת מרתף ובה מחסן, שלוש קומות שבהן יחידות דיור (אחת-עשר יחידות סך הכל), וקומת גג שעליה חדר כביסה (בשטח של כ-7.25 מ"ר). הבניין נבנה בשנות ה-50 של המאה הקודמת, על ידי חברת קרפס בע"מ (להלן: חברת קרפס או החברה), אשר יוסדה על ידי הקבלנים שמעון ארנשטיין ז"ל ויוסף וקסמן ז"ל (להלן, יחד: הקבלנים), סמוך לפני הקמת הבניין.

2. לאחר הקמת הבניין, החברה החכירה את הדירות בבניין לחוכרים שונים, ובד בבד הקצתה להם מניות בחברה (החוכרים יכוננו להלן, יחד: הדיירים). לצד המניות שהוקצו לדיירים, בעת הזו כל אחד מהקבלנים החזיק מניה אחת בחברה, מתוך הון רשום של 1,000 מניות.

יצוין כי שיטה זו הייתה נהוגה בשנות ה-40 וה-50, טרם נחקק חוק בתים משותפים, אשר נחקק בשנת 1952 (חוק בתים משותפים, התשי"ג-1952, ס"ח 6). בהתאם לשיטה זו, הבניין נרשם על שם החברה, ולכל בעל דירה הוקצתה מניה אשר לפי תקנון החברה מסמלת את הדירה, את מיקומה ואת הזכויות הצמודות לה (להרחבה, ראו: מוטי בניאן דיני מקרקעין – עקרונות והלכות 665–666 (2002); ע"א 1628/13 חברת חלקה 184 גוש 6217 בע"מ נ' לוי, פסקה 45 לפסק הדין של השופט י' דנציגר (19.8.2014)).

3. בעוד יחידות הדיור עצמן הוחכרו לדיירים, הגג והמחסן בקומת המרתף הוחכרו לקבלנים במסגרת שני הסכמי חכירה:

ביום 10.1.1952 נחתם שטר חכירה (מס' 90/52) בין חברת קרפס לקבלנים, שלפיו החברה החכירה להם את כל שטח הגג ל-999 שנים. שטר החכירה כלל תנאי מפסיק בסעיף 7 להסכם, שזו לשונו (ההדגשה הוספה – י' כ'): :

"באופן מפורש מוסכם בזה כי שטר חכירה זה יהיה בטל ומבוטל מאליו במקרה והחוכרים לא יקימו דירה או דירות על השטח הנ"ל תוך עשר שנים מתאריך שטר זה. עם בטול שטר חכירה זה הנ"ל לא תחול על המחכיר שום חובה ל[חזיר] לחוכרים דמי חכירה ששולמו על-ידם למפרע כי החוכרים מוותרים בזה באופן מפורש על סכומים אלה למפרע."

סעיף 7 לשטר חכירת הגג קובע אפוא תנאי מפסיק, שלפיו אם הקבלנים לא יקימו דירה על שטח הגג בחלוף 10 שנים ממועד החתימה על השטר (ביום 10.1.1962) – תבוטל החכירה (להלן: התנאי המפסיק).

יצוין, כאמור, כי על הגג הוקם חדרון, שנועד לשמש כחדר כביסה, בשטח של 7.25 מ"ר.

ביום 31.3.1952 נחתם שטר חכירה נוסף (מס' 1261/52) בין חברת קרפס לקבלנים, במסגרתו החכירה להם החברה מחסן (בשטח של 17.6 מ"ר), בקומת המרתף, ל-999 שנים. הסכם זה, בשונה מההסכם להחכרת הגג, לא כלל תנאי מפסיק.

4. כעבור מספר שנים הלכו לעולמם הקבלנים – מר וקסמן ז"ל בשנת 1953, ומר ארנשטיין ז"ל בשנת 1961. ביני לביני, בשנת 1957, נרשמה חברת קרפס כבעלים של כל הבניין.

5. בחלוף עשר שנים ממועד החתימה על הסכם החכרת הגג, הגיע מועד התנאי המפסיק. בעניין זה, אין חולק כי עובר ליום 10.1.1962, מועד התקיימות התנאי המפסיק הנ"ל – הקבלנים או מי מטעמם לא הקימו דירות על גג הבניין. כפי שהתברר לבסוף (וראו להלן), במועד זה 940 ממניות החברה היו מוחזקות בידי הדיירים, והקבלנים, שכאמור הלכו לעולמם, החזיקו יחד ב-60 מניות נוספות (מניה אחת בבעלות מר וקסמן ז"ל, ו-59 מניות בבעלות מר ארנשטיין ז"ל).

על אף האמור, הדיירים לא פעלו במרוצת השנים לשינוי הרישום. כך, מהמסמכים הקיימים בתיק עולה כי לכל הפחות עד ליום 12.7.2018 (מועד נסח הטאבו העדכני ביותר בתיק) זכות החכירה האמורה נותרה רשומה בלשכת רישום המקרקעין.

6. ביום 25.4.1982 נמחקה חברת קרפס מרשם החברות בשל אי-תשלום אגרות, אך עדיין נותרה רשומה במרשם המקרקעין כבעלת הבניין.

7. בשנת 2010 החליטה אחת הדיירות דאז בבניין, גב' גילה מאור, לשכור את שירותיו של המשיב 14, עו"ד יואב מוזר (להלן: עו"ד מוזר), לשם הסדרת זכויותיה בדירתה. לאחר שקיבל את הסכמת יתר הדיירים בבניין, החל עו"ד מוזר לפעול לרישום הבניין כבית משותף, ולרישום זכויות הדיירים במרשם. על מנת לעשות כן, פעל עו"ד מוזר להחייאת חברת קרפס, על מנת להביא בסופו של יום לפירוקה מרצון; ובמסגרת זו רשם את הדיירים, כמו גם את הקבלנים (שכאמור הלכו לעולמם), כבעלי מניות בחברה. כל אחד מהקבלנים נרשם כבעלים של 5 מניות מתוך 1,000 (0.5% מסך המניות לכל

אחד, ויחד) 1%. יתרת 990 המניות נרשמו על שם הדיירים. הדיירים מינו את עו"ד מוזר כמפרקה מרצון של החברה.

8. בשנת 2011 חתמו הדיירים ויורשי הקבלן ארנשטיין ז"ל (המשיבים 12-13) על הסכם שכותרתו "חוזה שיתוף במקרקעין", הקובע זכויות שימוש וחזקה בבניין (להלן: הסכם השיתוף או ההסכם). את חתימת ההסכם ליווה עו"ד מוזר. במסגרת הסכם השיתוף יוחדה לכל דייר דירה לשימוש הייחודי, בעוד הגג והמרתף יוחדו כיחידות נפרדות, וזכות החזקה והשימוש בהם הוקנתה לקבלנים (סעיף 2'יב להסכם). על פי התשריט שצורף להסכם, הגג והמרתף הוגדרו כ-"דירות": המרתף כדירה מס' 1, בשטח של 42.94 מ"ר; הגג כדירה מס' 13, בשטח של 7.25 מ"ר, אשר לה מוצמד שטח הגג כולו (242.55 מ"ר). שטח היחידה שהוגדרה כגג (ללא השטח המוצמד) משקף את שטחו של חדר הכביסה שהוקם על הגג שנים קודם לכן.

בסעיף 7 להסכם השיתוף התחייבו הצדדים לו כדלקמן:

"א. חוזה זה יירשם בפנקסי רשם המקרקעין כחוזה שיתוף בין כל הצדדים – הבעלים של הבניין. לשם כך, חוזה זה ידווח לרשויות הנוגעות שאישורן נדרש לשם רישום חוזה זה בפנקסי רשם המקרקעין כחוזה שיתוף. כל צד יעשה את כל הנדרש ממנו לשם קבלת אישורי הרשויות הנוגעות הנ"ל ועד לרישום זה בפנקסי רשם המקרקעין ובכלל, חוזה זה יחייב את הצדדים לו, יורשיהם, חליפיהם וכל הבא מכוחם ו/או מטעמם ואת כולי עלמא.
ב. הצדדים לחוזה זה מתחייבים לחתום על כל המסמכים הדרושים ולעשות, בהקדם האפשרי, את כל הפעולות הנדרשות ולהשיג את כל אישורי הרשויות הנוגעות על מנת לאפשר את רישום חוזה זה בפנקסי רשם המקרקעין כחוזה השיתוף בין הצדדים – הבעלים של כל זכויות הבעלות בבניין."

בהתאם להסכם, ביום 18.12.2014 העביר עו"ד מוזר את רישום הבעלות בבניין בלשכת רישום המקרקעין מחברת קרפס לבעלי המניות (הם הדיירים והקבלנים), בהתאם לחלקם, במושע.

9. ביום 8.7.2015, רכש המערער, ערן קסירר (להלן: קסירר), את זכויות הקבלן ארנשטיין ז"ל בבניין, מידי יורשיו (המשיבים 12-13; להלן: ארנשטיין). זאת עשה, בין היתר, על סמך הסכם השיתוף.

בעקבות רכישה זו, ביקש קסירר לפעול לרישום הסכם השיתוף בלשכת רישום המקרקעין לפי סעיף 29(א) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), ובעקבות כך להסדיר את רישום זכויותיו במרתף ובגג.

הדיירים, מצידם, סירבו לשתף פעולה על מנת להביא לרישום הסכם השיתוף במרשם המקרקעין.

10. לאור האמור הוגשה על ידי קסירר התובענה מושא הערעור דנן, נגד הדיירים (ומאוחר יותר צורפו לתובענה כמשיבים עו"ד מוזר והקבלנים). בגדרי התובענה נתבקשו הסעדים הבאים: מינוי כונס נכסים על זכויות הדיירים לשם ביצוע הפעולות הנדרשות לרישום הסכם השיתוף במרשם המקרקעין; ולחלופין – מתן צו עשה המורה לדיירים לקיים את הוראות הסכם השיתוף ולבצע את הפעולות הנדרשות לשם רישומו בפנקס המקרקעין.

בתשובה לתובענה טענו הדיירים, בעיקרם של דברים, כי הסכם השיתוף נחתם כתוצאה מתרמית והטעיה. נטען כי בעוד הדיירים סברו כי הסכם השיתוף משקף את מצב הזכויות בבניין, למעשה ההסכם הביא להעברת הזכויות בגג ובמרתף מידיהם לידי הקבלנים.

פסק הדין החלקי

11. ביום 1.6.2020 ניתן פסק הדין החלקי של בית המשפט המחוזי (השופט ג' גונטובניק).

בית המשפט קבע כי בנסיבות המקרה יש ליישם את הדין כפי ששרר לפני כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין (בשנת 1969), ואף לפני חקיקת חוק בתים משותפים (אשר נכנס לתוקף בחודש מרץ 1953). זאת, משום שהגג והמרתף הוחכרו לקבלנים לפני כניסתם לתוקף של חוקים אלו (בשנת 1952), וכך גם מרבית הדירות נמכרו לדיירים בחוזי חכירה בשנים 1951–1952.

12. אשר לגג – ההסכם להחכרת הגג, כאמור, כלל תנאי מפסיק, שלפיו במקרה והקבלנים לא יקימו דירה על שטח הגג תוך עשר שנים (עד ליום 10.1.1062) – תבוטל זכות החכירה. נקבע כי אין חולק שהקבלנים או יורשיהם לא הקימו דירה כאמור, ומשכך התקיים התנאי המפסיק.

הדיירים טענו כי בהתאם לכך המוכר צריך לחזור לחברה, ועם פירוקה לבעלי מניותיה, שחלקם הארי הוא הדיירים. בית המשפט קמא דחה טענה זו, בעיקר בהתבסס על תפיסתו לגבי מבנה ההחזקות בחברת קרפס במועד התקיימות התנאי המפסיק; ולגבי כך קבע, כי: "...ביום 31.12.62 היה הקבלן המנוח ארנשטיין רשום כבעל מניות בחברה [...], ואין מחלוקת כי שני הקבלנים היו מנהלי החברה ובעלי מניות בה. [...] החשוב לצרכינו הוא שהדיירים השונים לא היו בעלי זכויות בחברה" (פסקה 21 לפסק הדין החלקי; ההדגשה במקור – ' כ').

בית המשפט התבסס על ההנחה שהחברה הייתה בבעלות הקבלנים במועד קיום התנאי המפסיק, ועובדה זו נמנתה על נימוקיו כי אין לבטל את הסכם השיתוף ביחס לגג:

"בשנים הרלוונטיות, כשהחברה הייתה עדיין פעילה, משמעות הדברים הייתה שהזכויות בגג חוזרות לחברת קרפס, ובאותם ימים בעלי מניותיה של החברה היו הקבלנים ולא הדיירים. מכאן נובע שאם היו רוצים בעלי המניות בחברה (קרי הקבלנים או יורשיהם), היו יכולים לחדש החכירה לעצמם, או להחכיר את הגג לצד ג' כלשהו." (פסקה 25 לפסק הדין החלקי).

כמו כן, בהנחה שהדיירים לא היו בעלי מניות בחברת קרפס במועד התקיימות התנאי המפסיק, בית המשפט עמד על כך שהסכם השיתוף הביא לשיפור מצבם של הדיירים אשר הפכו לבעלי מניות בחברה והתאפשר רישומם במרשם המקרקעין (בשלב הראשון במושע). לצד זאת, ציין בית המשפט המחוזי כי: "לא ניתן היה להתעלם מזכויותיהם של הקבלנים, או ליתר דיוק של יורשי הקבלנים, מכוח זכויותיהם בחברת קרפס ההיסטורית, שהחכירה זכויות לקבלנים בגג ובמחסן" (פסקה 21 לפסק הדין החלקי).

13. בית המשפט התייחס בנוסף לעובדה כי למעט דייר אחד (המשיב 1) ששמר לעצמו את הזכות להעלות טענות ביחס לגג בעתיד – יתר הדיירים לא עשו כן עת חתמו על הסכם השיתוף. לעניין זה טענו הדיירים לתרמית והטעיה מצידו של עו"ד מוזר, אך בית המשפט קבע כי הדיירים לא עמדו בנטל הוכחתה של טענה זו ואף קבע כי לא נפל פגם בתום ליבם של עו"ד מוזר ושל קסירר.

14. עוד הוסיף בית המשפט לעניין העובדה כי הדיירים מעולם לא ביטלו את הסכם השיתוף, גם לאחר שהתגבשה הטענה לתרמית, ועמד על השלכותיה של עובדה זו:

"יש לשים לב כי הדיירים לא עתרו לביטול ההסכם, גם לא נוכח טענות תרמית והטעיה. הימנעות זו אינה מקרית. אם יש מקום לבטל את הסכם השיתוף, ולהחזיר הגלגל לאחור, כי אז יש מקום להחזיר את כל הזכויות לחברת

קרפס, ולחדש את החכרת הדירות מצד החברה לדיירים. אלא שהדיירים אינם מעוניינים בכך. הם מבקשים ליהנות מפירות ההסכם, לרבות מהאפשרות לרשום זכויותיהם כבעלים, אך לא לשאת במחירים שבו – קרי הכרה בזכויות יורשי הקבלנים. כזאת לא ניתן לעשות. הדיירים לא פעלו לביטול ההסכם, לא תוך זמן סביר ולא בכלל, ובינתיים שינו יורשי הקבלן ארנשטיין מצבם לרעה, וכך גם קסירר התובע. (פסקה 26 לפסק הדין החלקי).

על יסוד האמור, נקבע כי יש לראות בהסכם השיתוף, בכל הנוגע לגג, כמחייב.

15. אשר למרתף – בית המשפט המחוזי עמד על כך כי אמנם במישור הקנייני, המרתף הוחכר לקבלנים בשנת 1952 וללא תנאי מפסיק המגביל את זכות החכירה. אלא שביחס למרתף מתעוררת שאלת קיומו של מקלט בבניין: נקבע כי ככל שקיים מקלט, הרי שעל פי חוק לא ניתן, במסגרת הסכם השיתוף, להוציא מקלט מהרכוש המשותף, והסכם אשר עושה כאמור – בטל. זאת, בהתבסס על סעיפים 15(ב) ו-15(ד) לחוק ההתגוננות האזרחית, התשכ"א-1951 (להלן: חוק ההתגוננות האזרחית), אשר חוקקו בתיקון לחוק משנת 1969; וכן בהתבסס על פסיקה שקדמה לתיקון האמור, אשר ייחסה חשיבות רבה לשמירה על יכולת השימוש במקלטים לייעודם.

מכאן פנה בית המשפט קמא לבחון האם אכן קיים מקלט במרתף הבניין. בית המשפט מצא כי "התמונה הראייתית מראה שככל הנראה שכן"; אך גם אם אין במקום מקלט – הייתה מוטלת חובה על הקבלנים להקים מקלט, הן לפי היתר הבניה והן לפי חוק ההתגוננות האזרחית בנוסחו לפני התיקון משנת 1969. לעניין זה, בית המשפט המחוזי קבע כי לפי היתר הבניה של הבניין (מיום 30.8.1950), היה על הקבלנים להקים מקלט לבניין בקומת המרתף. עוד קבע בית המשפט כי סעיף 14(א) לחוק ההתגוננות האזרחית הטיל על הקבלנים חובה להקים מקלט בבניין, כבר בראשית הדרך: "בכל בית או סמוך לו יהיה מקלט שישמש בעיקרו את דיירי הבית ובני אדם הרגילים לבקר בו". ככל שלא הוקם מקלט כאמור, נקבע כי הקבלנים הפרו חובתם, ובמצב דברים זה לא ניתן לאפשר את סיחור הזכויות במרתף לצד שלישי בבחינת "לא יהא חוטא נשכר".

16. בנסיבות אלו, ובהינתן שחלק מהדיירים היו בלתי מיוצגים, בית המשפט קבע, במישור החוזי, כי על עו"ד מוזר הייתה מוטלת חובת גילוי מוגברת, לגבי הספקות באשר לזכותם של הקבלנים במקלט. בהתאם, נמצא כי סוגיית המקלט לא נדונה באופן ממצה וממשי עובר לחתימה על הסכם השיתוף – ומשכך חובת הגילוי המוגברת לא מולאה. על כן, כך נקבע, הסכם השיתוף אינו יכול לשמש מחסום מפני טענות הדיירים המבקשים לעמוד על זכויותיהם ביחס למרתף.

17. בית המשפט הגיע למסקנה זו גם מזווית אחרת – על בסיס שיקול הדעת שיש לבית המשפט בבואו ליתן את הסעדים המבוקשים בתובענה, הכפופים לדרישות צדק; וכך קבע:

”התובע עותר לסעד של מינוי כונס נכסים, אך סעד זה מותנה בהתרשמות של בית המשפט מכך שצודק לעשות כן (ראו למשל תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ”ד-1984). לחילופין, עותר התובע למתן סעד של אכיפה כנגד הדיירים, אך גם סעד זה כפוף לדרישות הצדק (ראו בסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התש”ל-1970). ואפילו צווי עשה באופן כללי כפופים הם לשיקול דעת שיפוטי (ראו את האמור בסעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ”ד-1984 וכן את הרקע ההיסטורי לגיבושם של צווי עשה, שהורתם בדיני היושר של המשפט המקובל (ראו אצל ד”ר יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 571 (מהדורה שביעית בעריכת ד”ר שלמה לוין; 1995)). כל אלה מונעים ממני את האפשרות להעניק את הסעדים המבוקשים שעה שזו תמונת הדברים ביחס למקלט ולמחסן. עניין זה טעון ליבון נוסף.” (פסקה 43 לפסק הדין החלקי; ההדגשה הוספה – י’ כ’).

18. על יסוד האמור, קבע בית המשפט כי יש לדחות את התובענה במובן זה שלא יינתנו הסעדים המבוקשים לרישום הסכם השיתוף ביחס למרתף. בתוך כך, נדחו שלל טענות נוספות שטענו הצדדים, שאינן נדרשות לערעור דנן.

19. תוצאת פסק הדין החלקי הייתה, אם כן, כי: “אין סיבה להימנע ממימוש הסכם השיתוף ככל שעניינו בקומת הגג. יחד עם זאת, יש לדחות את מימושו בכל הנוגע ביחידת הדיוור שבמרתף, ואין מקום למנות כונס נכסים או להורות על אכיפתו ביחס ליחידה זו.” (פסקה 47 לפסק הדין החלקי).

עם זאת, וטרם מתן הסעד האופרטיבי, משלא היה ברור אם קסירר יהיה מעוניין לממש את העסקה שכרת לנוכח התוצאה (אכיפת זכויותיו בגג ואי-אכיפת זכויותיו במרתף) – פסק הדין נותר חלקי בלבד תוך שניתנה לצדדים שהות לשיקול את צעדיהם.

התפתחויות לאחר מתן פסק הדין החלקי

20. ביום 22.6.2022 הודיע קסירר כי הוא מבקש לממש את הסכם השיתוף בהתאם להוראות פסק הדין החלקי, כך שזכויות הדיירים ישמרו להם ביחס למרתף.

ביום 24.6.2022 הגישו הדיירים התייחסות מטעמם. במסגרת זו נטען כי נפלה שגגה עובדתית בפסק הדין החלקי ביחס לגג: הדיירים טענו כי במועד התממשות התנאי

המפסיק, המרבית המכרעת של המניות בחברת קרפס הייתה בבעלות הדיירים, ולא בבעלות הקבלנים כפי שנקבע בפסק הדין החלקי (כזכור, הקביעה העובדתית כי בעת התממשות התנאי המפסיק הוחזקו מניות חברת קרפס על ידי הקבלנים שימשה את בית המשפט כנימוק לכך שיש לממש את ההסכם ביחס לגג, על אף התממשות התנאי המפסיק).

לטענת הדיירים, במועד התממשות התנאי המפסיק, הקבלנים החזיקו יחד ב-60 מניות רגילות של החברה, בעוד כל יתר מניותיה (940 מניות) היו בבעלות הדיירים. כמו כן, נטען כי בניגוד לאמור בפסק הדין החלקי, במועד זה הקבלנים אף לא היו מנהליה של החברה, אלא שלושה מדיירי הבניין דאז, שנמנו גם על בעלי מניותיה (מר מיכאל שנפלד, מר מיכאל נוימן ומר אינריך גינציג). לתמיכה בטענתם הפנו הדיירים לדו"ח השנתי ששוגר לרשם החברות בשנת 1962 (בהינתן שמועד התנאי המפסיק היה 10.1.1962). על יסוד האמור, נטען כי המסקנה שהקבלנים או יורשיהם יכלו להחכיר לעצמם את הגג לאחר התממשות התנאי המפסיק – שגויה, שעה שהם לא היו בעלי שליטה בחברת קרפס במועד הרלוונטי. מכאן, שעם ביטול החכירה של הגג (בעת התממשות התנאי המפסיק), הרי שהוא היה אמור לחזור לידי חברת קרפס, שחלקה הארי היה מוחזק על ידי הדיירים, הן בסיום החכירה והן בעת פירוק החברה.

21. לאחר עיון בעמדות הצדדים ביחס לסוגיה, התקבלה החלטת בית המשפט (השופט ג' גונטובניק), ביום 5.7.2020, שזו לשונה:

"אכן נפלה טעות בפסק הדין החלקי. בטעות זו יש להודות, ולבקש את סליחת הצדדים. בהתאם לע"א 9111/15 מרגלית ש.א. רכב בע"מ (2017) בפסקה 33 לפסק דינו של השופט עמית, במקום בו מוצאת הערכאה הדיונית שנפלה טעות, תוכל לציין אם הייתה מוצאת לתקן הדברים 'כדי להכווין את ערכאת הערעור'. בכוונתי לפעול כאמור, אך לפני כן יש לשמוע את עמדת הצדדים...".

בטרם אמשיך בתיאור השתלשלות העניינים, אבקש לציין את דעתי כי אמירה על ידי בית משפט, בהחלטה, לפיה – "אכן נפלה טעות בפסק הדין החלקי. בטעות זו יש להודות, ולבקש את סליחת הצדדים" – הינה אמירה ראויה המוסיפה כבוד הן לבית המשפט שכך קבע והן למערכת המשפט כולה.

22. ביום 9.7.2020, ולאחר שהוגשו עמדות הצדדים בסוגיה, התקיים דיון אשר רובו נערך מחוץ לפרוטוקול. בסוף הדיון, הציע בית המשפט לצדדים כי יסכימו להגיש השלמת טיעון לעניין השלכת הטעות העובדתית על מתן הסעד האופרטיבי. הדיירים

הודיעו במעמד הדיון כי הם מסכימים להצעה; גם המשיבים הודיעו על הסכמתם וזאת בהודעות שהוגשו מאוחר יותר.

פסק הדין המשלים

23. ביום 2.10.2020 ניתן פסק הדין המשלים (השופט ג' גונטובניק).

24. במסגרת פסק הדין המשלים, בית המשפט נדרש, תחילה, לדין ביחס לטעות שיפוטית, ובפרט מקום בו נפלה "טעות בפסק הדין החלקי לפני שניתן הצו האופרטיבי בפסק הדין המשלים".

בית המשפט המחוזי עמד על האפשרות הקיימת בדין לתיקון פסק דין (שלא בהסכמת הצדדים) – תיקון טעות לפי סעיף 81(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) – אשר מוגבל לתיקון של "טעות לשון, טעות בחישוב, פליטת קולמוס, השמטה מקרית, הוספת דבר באקראי, וכיוצא באלה". בית המשפט עמד על כך שמדובר בתיקון טעויות שאינן מהותיות, וכי מקום בו נפלה טעות אשר חורגת מגבולות הסמכות המוגדרת בסעיף זה – "יהיה מקום לשקול מתן החלטה מתאימה, לאחר שניתנה לצדדים הזדמנות להתייחס לכך, ובה מוסבר כיצד הטעות שנפלה, ככל שנפלה, משליכה על פסק הדין ועל חלקו האופרטיבי".

מכאן פנה בית המשפט לבחון את המקרה המיוחד של טעות אגב פסק דין חלקי. כאמור, בנסיבות המקרה דנן, הצדדים הסכימו להגיש סיכומים מטעמם לעניין השפעת הטעות העובדתית על הסעד האופרטיבי. לצד זאת, בית המשפט קבע כי גם אם הצדדים לא היו מסכימים לכך, לא היה מקום לפסוק סעד אופרטיבי המבוסס על הקביעות העובדתיות השגויות בפסק הדין החלקי – שעה שבית המשפט סבור כי מדובר בסעד שגוי משפטי:

"לטעמי, כאשר שופט פוסק פסק דין חלקי, בו לא נפסק סעד אופרטיבי בגזרה מסוימת של המחלוקת, ונדרשת פסיקת סעד אופרטיבי בפסק דין משלים, ומתברר כי נפלה טעות בפסק הדין החלקי, יש לפעול באופן הבא: יש לבקש את התייחסות הצדדים לשאלת השפעת הטעות על מתן הסעד האופרטיבי, וככל שמתברר שהיא שוללת אותו, אין לתתו, ויש לדחות המבוקש בפסק הדין המשלים." (פסקה 26 לפסק הדין המשלים).

בית המשפט ביסס את גישתו דלעיל, בין היתר, על הנימוק לפיו מקום בו טרם נפסק סעד אופרטיבי מצטמצמת חשיבותו של עיקרון סופיות הדיון, כמו גם על טעמי יעילות.

25. מכאן פנה בית המשפט להכריע במחלוקת הקונקרטית שבפניו.

הטעות העובדתית שנפלה בפסק הדין החלקי נגעה לזהות בעלי המניות בחברת קרפס בעת התקיימות התנאי המפסיק (וכתוצאה מכך ביטול החכרת הגג לקבלנים). בית המשפט סבר כי טעות עובדתית זו משליכה באופן מהותי על הסעד המבוקש, ושוללת אותו.

בית המשפט קבע כי הסכם השיתוף, בכל הנוגע לגג, לא שיקף את מצב הזכויות הקנייניות באופן מלא. זאת, משום שבמישור הקנייני אין זה ברור למי שייכות הזכויות בגג; וכך נכתב:

"מחד גיסא, שעה ששטר החכירה של הקבלנים הפך בטל ומבוטל, בשנת 1962, הרי שהן [הזכויות הקנייניות בגג – י' כ'] היו אמורות לחזור לחברה ובעלי מניותיה היו ברובם המכריע הדיירים דאז. ככל שהדיירים היו בעלי הזכויות בגג, הרי שהסכם השיתוף גורע מזכויותיהם. אלא שפקיעת שטר החכירה אירעה בשנת 1962. חוכרי הדירות באותה עת, בעלי המניות בחברת קרפס ומנהלי חברת קרפס לא עשו דבר. לא בימים ההם ולא בזמן הזה. בנוסף, נותרו הקבלנים רשומים כבעלי מניות, וגם לא שונה רישום המקרקעין. יתכן שיש לכך משמעות במישור הקנייני".

בית המשפט קבע כי, בהינתן המורכבות הקניינית האמורה, הייתה מוטלת על עו"ד מוזר חובת גילוי מוגברת במסגרת הליכי המשא ומתן לכריתת הסכם השיתוף. בפרט, נקבע כי היה עליו להסב את תשומת לב הצדדים למורכבות זו, על מנת לאפשר לדיירים לגבש עמדה באופן מושכל – וזאת לא נעשה.

26. את חובת הגילוי המוגברת אשר הוטלה על עו"ד מוזר בהקשר זה ביסס בית המשפט, בין היתר, על דיני מכר דירות. בפרט, בית המשפט התבסס על סעיף 6(א)(1) לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973 (להלן: חוק המכר דירות), הקובע חובה לפרט בהסכם מכר הנוגע לבית משותף פרטים על "הוצאת חלק מהרכוש המשותף"; וכן על הפסיקה שניתנה אגב יישום סעיף זה, אשר הכירה בחובת גילוי מוגברת מקום בו הסכם מוציא חלק מהרכוש המשותף. בית המשפט עמד על כך שחוק המכר דירות טרם נכנס לתוקף במועד הרלוונטי לענייננו, אך נקבע כי התכלית העומדת בבסיס חובת הגילוי

המוגברת – הגנה על זכויות הדיירים – נותרת רלוונטית גם לענייננו; והדברים באו לידי ביטוי גם בפסיקה שקדמה לחוק המקרקעין וחוק המכר דירות. בית המשפט ציין, בנוסף, כי שיקולי המדיניות האמורים, שתכליתם הגנה על דיירים, צריכים להיות מתועלים לחובת תום הלב הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).

ביישום לנסיבות הפרטניות של המקרה, בית המשפט עמד על כך שהסכם השיתוף מקנה לקבלנים זכויות בלעדיות לחזקה, הנאה ושימוש, אשר להן חשיבות רבה לכל הדיירים, ולכן: "כאשר ייתכן שהסכם השיתוף משנה וגורע מזכויות העומדות לרשותם, מתבקשת חובת גילוי מוגברת". לכך הצטרפו נסיבות נוספות שהצדיקו, לדעת בית המשפט, הטלת חובת גילוי מוגברת – העובדה כי על הסכם השיתוף חתומים דיירים שאינם בהכרח מיוצגים; והעובדה כי עו"ד מוזר פעל לטובת כלל הדיירים ובשםם.

בית המשפט שב והדגיש כי הקביעות בפסק הדין החלקי אשר דוחות את הטענה לתרמית מצידו של עו"ד מוזר – עומדות בעינן; אלא שחובת הגילוי מציבה אמת מידה אובייקטיבית, אשר יכול וימצא כי עו"ד מוזר לא עמד בה גם מבלי לפעול בזדון.

27. בהמשך לקביעה כי חלה בנסיבות העניין חובת גילוי מוגברת, פנה בית המשפט לבחון האם זו מולאה בנסיבות העניין – והגיע למסקנה כי התשובה לכך הינה שלילית.

ראשית, בית המשפט הפנה לאמור בפתחו של הסכם השיתוף, כי ההסכמות נעשות "בהתאם לזכויות הקיימות של הצדדים בבניין מכוח החכירה ובהתאם לקבוע, למוגדר ולמפורט בתשריט המודד". נוסח זה, כך נקבע, אינו מבטא את המורכבות הקניינית הקיימת ביחס לגג, אלא מעיד כי ההסכם מסדיר את הזכויות בהתאם למצב הקנייני הקיים.

שנית, בית המשפט עמד על כך כי אין בהסכם כל התייחסות לעובדה כי יתכן שיש בו כדי לגרוע מזכויות קיימות של הדיירים בגג. בית המשפט קבע כי בנסיבות העניין היה מקום לציין זאת במובהק ובבירור, ולפרט את האמור בטיוטת ההסכם; ולא היה מקום להסתפק בדיווחים ובהסברים בעל פה, ככל שאלו אכן נעשו.

28. לנוכח הקביעה כי חובת הגילוי המוגברת לא מולאה, בית המשפט קבע כי אין לחייב את הדיירים בויתור על זכויות החזקה, ההנאה והשימוש בגג מכוח הסכם השיתוף. לצד זאת נקבע כי: "אכן, הדיירים לא נקטו בצעד מעשי לביטולו של ההסכם – י" כ', אך שעה שביקשו לאכוף אותו עליהם, הם העלו את הטענות המתנגדות לכך. לאור האמור לעיל, הדין עמם במישור החוזי" (פסקה 37 לפסק הדין המשלים).

לצד האמור, בית המשפט הדגיש כי אין בפסק הדין כדי להכריע במחלוקות הקניינית, אלא די במסקנה כי נפל פגם בהליך כריתת הסכם השיתוף כדי לדחות את הסעד המבוקש בתובענה – אכיפת ההסכם ביחס לגג.

29. התוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא, בפסק הדין המשלים, היא כי אין לאכוף את ההסכם ביחס לגג, וזו מצטרפת לתוצאה דומה ביחס למרתף, אשר נפסקה כבר בפסק הדין החלקי. בהתאם לכך נדחתה המרצת הפתיחה במלואה.

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות המערער (קסירר), המשיבים 12-13 (ארנשטיין), המשיב 14 (עו"ד מוזר)

30. קסירר, עו"ד מוזר, וארנשטיין – הגישו סיכומיהם בנפרד. מפאת הדמיון בטענות, ולשם הנוחות, יובאו טענותיהם, להלן, יחד.

31. במישור הפרוצדורלי, נטען כי פסק הדין המשלים ניתן בחוסר סמכות. במסגרת זו נטען כי אפילו סבר בית המשפט שנפלה טעות בפסק דינו החלקי, אין הוא מוסמך לשנות מקביעותיו במסגרת פסק דין משלים. זאת, בהינתן שהסמכות לתקן טעויות מהותיות בפסק דין שמורה רק לערכאת הערעור, ובית המשפט המחוזי מוסמך להורות רק על תיקון טעויות שאינן מהותיות לפי סעיף 81(א) לחוק בתי המשפט (בהינתן שלא ניתנה הסכמת הצדדים).

לעניין סעיף 81(ב) לחוק בתי המשפט, אשר מתיר תיקון טעות בפסק דין בהסכמת הצדדים, נטען כי בדיון שנערך לאחר מתן פסק הדין, הסכימו הצדדים לטעון רק בקשר לנפקות הטעות העובדתית על מתן הסעד האופרטיבי. עם זאת, כך נטען, בפסק הדין המשלים נקבעו קביעות הנוגדות את פסק הדין החלקי מבלי שבית המשפט הבהיר כי בכוונתו לדון מחדש בקביעות אלו, ומבלי שנשמעו ראיות או הוצגו מוצגים נוספים.

32. לעניין חובת הגילוי המוגברת שנקבעה בפסק הדין – נטען כי הדיון בערכאה קמא נסוב סביב טענת הדיירים כי ההסכם נכרת עקב תרמית והטעיה מצידו של עו"ד מוזר (טענות אשר נדחו לגופן על ידי בית המשפט (פסקאות 29–34 לפסק הדין החלקי)); ועל כן הקביעות ביחס לחובת הגילוי חורגות מגדר המחלוקת.

לצד זאת נטען כי הלכה היא שמקום בו הדבר לא נקבע בחוק, לא ניתן לקבוע דרישת כתב כדרישה קונסטיטוטיבית לבחינת עמידה בחובת הגילוי של עורך דין; אלא דרישה מעין זו יכולה להוות, לכל היותר, דרישה ראייתית (ולעניין זה הפנו המשיבים

לפסק הדין ב-ע"א 7633/12 קבוצת גיאות בע"מ נ' גולדפרב לוי, ערן, מאירי, צפריר ושות', עורכי דין בע"מ, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט י' עמית (16.9.2014)). אשר על כן, נטען כי אין כל בסיס לקביעת בית המשפט המחוזי בענייננו, אשר יצרה למעשה דרישת כתב מהותית חדשה, במסגרת חובת גילוי מוגברת, כשאין הוראת חוק המחייבת זאת. זאת, כך נטען, על אחת כמה וכמה מקום בו נקבע בפסק דין החלקי כי עו"ד מוזר פעל לפי מתווה "אפשרי, סביר וראוי", והקביעה לא נהפכה בפסק הדין המשלים.

במישור העובדתי, נטען כי התמונה העובדתית שהוצגה בפני הדיירים, עובר לחתימה על הסכם השיתוף הייתה מלאה, ובמסגרת זו הוסברה להם גם המורכבות הקניינית – הגם שהדבר לא צוין במפורש בהסכם השיתוף.

33. עוד נטען כי ההשוואה שביצע בית המשפט קמא לדיני מכר דירות, ממנה גזר את חובת הגילוי המוגברת, אינה רלוונטית, מהטעמים הבאים: דרישת הכתב בעניין מכר דירות מצוינת בחוק; אין מחלוקת שההסכם קובע במפורש שזכויות השימוש בגג ובמחסן הן של הקבלנים (הוצאתם מהרכוש המשותף); הפסיקה הצרכנית נועדה להגן על הצרכן מפערי מידע, ובענייננו פערים כאלה אינם קיימים, שעה שאין מחלוקת כי המידע הונח במלואו בפני הדיירים, גם אם לא נכתב במפורש בהסכם.

34. בהקשר שתי הטענות האחרונות דלעיל, המתרכזות בעניין קיום חובת הגילוי בכתב דווקא, אקדים ואבהיר, כבר עתה, כי לדעתי הינן מבוססת על קריאה לא נכונה של פסק הדין המשלים (שבהקשר זה חזר למעשה על ההנמקה שנקבעה, ביחס לזכויות במרתף, כבר בפסק הדין החלקי).

נראה כי קסירר, עו"ד מוזר, וארנשטיין, ראו כעיקר את אמירתו של בית המשפט, בסעיף 33 סיפה לפסק הדין המשלים, לפיה (בהתייחס לחובת הגילוי): "הדברים היו צריכים לבוא לידי ביטוי בטיטת ההסכם עצמה. אם כך היה נעשה, היה מקום לאכוף את ההסכם".

על סמך דברים אלו, התייחסו קסירר, עו"ד מוזר, וארנשטיין אל הכרעתו של בית המשפט כמכירה, כביכול, בכך שחובת הגילוי המוגברת קוימה אלא שבית המשפט הכריע בכל זאת כנגד עמדתם, הואיל והגילוי לא נעשה בכתב.

כאמור, לדעתי לא זה אשר קבע בית המשפט: בית המשפט קבע שהואיל ושאלת הזכויות בגג, עובר לכריתת הסכם השיתוף, הייתה מצויה בספק, חלה על עו"ד מוזר חובת גילוי מוגברת, כלפי הדיירים, לגבי ספק זה והשלכותיו, קודם לכריתת הסכם השיתוף.

בית המשפט סבר שחובה זו לא קוימה, והאמירה לגבי קיומה בכתב דווקא הינה בגדר קביעה שנוספה לקביעתו האמורה.

35. כמו כן, נטען כי גם לו היה עו"ד מוזר מציין את דבר המורכבות הקניינית בהסכם, לא הייתה לכך כל נפקות. זאת, בהינתן ששלוש העדות היחידות מטעם הדיירים (המשיבות 2 ו-4, ובתה של המשיבה 11) אישרו בעדותן כי הן לא קראו כלל את הסכם השיתוף; בעוד יתר הדיירים לא העידו, ומשכך לא ניתן לקבוע לגביהם כי התקיימה הטעיה. אף למעלה מכך, נטען כי הוכח שיתר הדיירים לא הוטעו בפועל, בפרט אלו אשר התייעצו עם עורכי דין טרם החתימה על הסכם השיתוף (המשיבים 3 ו-8).

36. טענה נוספת נוגעת לאי-ביטול הסכם השיתוף על ידי הדיירים. במסגרת זו נטען כי מאז גילוי הפגם בכריתת ההסכם, כנטען על ידי הדיירים, אלו בחרו שלא לבטל את הסכם השיתוף; ואם יראו בכתב ההגנה שהוגש בערכאה קמא כהודעת ביטול – זו למצער לא ניתנה תוך זמן סביר כדרישת סעיף 20 לחוק החוזים. על כן, כך נטען, משבחרו הדיירים שלא לבטל את ההסכם – זכותם לביטול ההסכם פקעה, וכעת הם מנועים מלטעון נגדו או שלא לקיימו.

בהמשך לכך נטען כי על אף שההסכם לא בוטל ועודנו עומד בתוקפו, הפרו הדיירים את התחייבויותיהם על פיו באופן חד צדדי, ומנעו את השלמת רישום הזכויות בפנקסי המקרקעין; זאת, בעוד שהזכויות בגג ובמרתף נמכרו לקסירר בחלוף ארבע שנים ממועד כריתת הסכם השיתוף, תוך הסתמכות על האמור בו. תוצאת פסק הדין, כנטען, יוצרת "לימבו" רישומי וקנייני – זכויות קנייניות רשומות, אשר נמכרו בתום לב ובתמורה, שלא ניתן לעשות עימן דבר.

לטענת ארנשטיין, הסיבה העיקרית שבגינה לא מבטלים הדיירים את הסכם השיתוף היא שהם מבקשים להמשיך וליהנות מן התועלת שצומחת להם מההסכם – רישומם כבעלי הבניין בהתאם לחלקם במושע (בעוד קודם לכן היו רשומים כחוכרים), כמו גם הפיכתם לבעלי מניח בחברת קרפס.

37. ביחס למרתף, נטען כי נטל השכנוע להראות כי מדובר במקלט מוטל על הדיירים, והם לא עמדו בו, משנקבע בפסק הדין החלקי כי "התמונה בעניין זה אינה ברורה" – יש לזקוף את הקביעה הנ"ל לחובת הדיירים. כמו כן, נטען כי חוק ההתגוננות האזרחית, עליו הסתמך בית המשפט המחוזי, פורסם רק בחלוף כ-7 חודשים ממתן היתר הבנייה לבניין (היתר הבנייה מיום 30.8.1950, והחוק פורסם ביום 21.3.1951), ולכן אינו רלוונטי. לחלופין, ככל שהטענות ביחס למקלט יידחו, נטען כי יש לאכוף את הסכם

השיתוף לכל הפחות ביחס לחלק במרתף שלגביו לא נקבע כי הוא יכול לשמש כמקלט – בשטח של 24 מ"ר.

לחלופין, ביחס למרתף, נטען כי יש להורות על קיום בקירוב של הסכם השיתוף, זאת בדרך של הקניית זכויות שימוש וחזקה בלעדיות בגג ובמרתף הבניין לקסיר, אף אם אלו לא תירשמה כזכויות קניין אלא כזכויות אובליגטוריות בלבד (בדומה למתכונת שנקבעה בעניין ע"א 11965/05 עזבון קליין נ' שרון (27.8.2009)).

טענות המשיבים 11-1 (הדיירים)

38. ביחס לגג, הדיירים סומכים את ידם על פסק הדין המשלים; ובפרט על כך שהתממשות התנאי המפסיק הביאה לביטול זכות החכירה של הקבלנים והחזרת הזכויות בגג לידי חברת קרפס, שחלקה העיקרי לא היה מוחזק בידי הקבלנים.

39. ביחס למרתף, הדיירים סומכים את ידם על פסק הדין החלקי. הדיירים טוענים כי בניגוד לנטען בערעור, בית המשפט קמא קבע כי קיים מקלט במרתף (בקובעו: "התמונה הראייתית מראה שככל הנראה שכן"); וממילא בהמשך נקבע כי גם אם לא קיים מקלט כאמור, הקבלנים הפרו חובתם בכך שלא הוקם מקלט, ומשכך לא ניתן להורות על אכיפת ההסכם ביחס למרתף. הדיירים טוענים כי ידיו של קסירר אינן נקיות, שעה שהוא מבקש לנכס לעצמו את כל שטח המרתף בעוד החברה החכירה לקבלנים "מחסן" בשטח של 17.6 מ"ר בלבד.

דיון והכרעה

40. ההכרעה להלן תחולק לשני חלקים: החלק הראשון יעסוק בשאלת סמכותו של בית המשפט המחוזי ליתן את פסק הדין המשלים בהתאם לסעיף 81 לחוק בתי המשפט; החלק השני יכריע בטענות הצדדים לגופן.

סמכות בית המשפט – תיקון לפי סעיף 81 לחוק בתי המשפט

41. טעות שנפלה בפסק דין ניתנת לתיקון בשני מסלולים: תיקון על ידי הערכאה שנתנה את פסק הדין ("תיקון אופקי"), ותיקון על ידי ערכאת הערעור ("תיקון אנכי") (טל חבקין "תיקון אנכי, תיקון אופקי ומה שביניהם: על חלוקת תפקידים יעילה בין שלוש ערכאות שיפוט" משפטים מה 333, 339 (2015) (להלן: חבקין)).

42. סעיף 81 לחוק בתי המשפט מתווה את סמכות הערכאה שנתנה את פסק הדין או את ההחלטה, לבצע תיקון אופקי:

"תיקון טעות בפסק דין

81. (א) מצא בית משפט כי נפלה טעות בפסק דין או בהחלטה אחרת שנתן, רשאי הוא, תוך עשרים ואחד ימים מיום נתינתם, לתקנם בהחלטה מנומקת, ורשאי הוא לשמוע טענות בעלי הדין לענין זה; לענין זה, 'טעות' - טעות לשון, טעות בחישוב, פליטת קולמוס, השמטה מקרית, הוספת דבר באקראי וכיוצא באלה.
(ב) בהסכמת בעלי הדין רשאי בית המשפט להחליט בכל עת על כל תיקון בפסק דין או בהחלטה אחרת שנתן.
(ג) תוקנו פסק דין או החלטה אחרת כאמור בסעיף קטן (א) יראו, לענין ערעור, את מועד החלטת התיקון כמועד מתן פסק הדין או ההחלטה האחרת.
(ד) החלטה לפי סעיף קטן (א) אינה ניתנת לערעור אלא בערעור על פסק הדין או ההחלטה האחרת."

סעיף 81, על תתי-סעיפיו, מהווה חריג לעיקרון "גמר המלאכה" (Functus Officio), אשר נועד להבטיח כי יהא סוף להתדיינות באופן שיקדם ודאות משפטית, וכן למנוע את עיסוקה של מערכת המשפט בעניינים חוזרים שכבר הוכרעו (ע"א 9085/00 שטרית נ' אחים שרבט חברה לבנין בע"מ, פ"ד נז(5) 462, 475 (2003)).

43. סעיף 81(א) מסמיך את בית המשפט לתקן טעות שנפלה בפסק הדין, גם ללא הסכמת הצדדים, זאת כאשר מדובר בטעות מן הסוג המנוי בסעיף: "טעות לשון, טעות בחישוב, פליטת קולמוס, השמטה מקרית, הוספת דבר באקראי, וכיוצא באלה". בפסיקה נקבע כי יש לפרש את סוגי הטעויות המנויות בסעיף על פי פירושן הלשוני הרגיל, ולא על דרך של פרשנות מרחיבה (ע"א 769/77 יוסיפוב נ' יוסיפוב, פ"ד לב(1) 667, 670-671 (1978); בר"ם 5720/05 גופר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקווה, פסקה 6 (5.8.2007)). ברי כי לא ניתן, מכוח הוראת סעיף 81(א) לחוק בתי המשפט, לתקן טעויות מהותיות שנפלו בפסק הדין או בהחלטה (ע"א 9357/09 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עמיר, פסקה 5 להחלטת הרשם י' מרזל (10.3.2010); ובנוסף: בש"א 4765/21 מ.ר.ג. יזמות בע"מ נ' אנשי העיר פרויקטים בע"מ, פסקה 7 להחלטת הרשם ר' גולדשטיין (21.11.2021)).

סעיף 81(ב) מאפשר תיקון טעויות מהותיות שנפלו בפסק דין, אם הדבר נעשה בהסכמת הצדדים.

הוראת הדין והפסיקה שיישמה אותה מלמדות אפוא כי סעיף 81 לחוק בתי המשפט אינו מקנה סמכות לבית משפט לבצע תיקונים מהותיים בפסק דינו, ללא הסכמת הצדדים.

44. מה הוא דין מקום בו בית המשפט סבור כי אכן נפלה טעות עובדתית מהותית, בפסק דין שנתן, לאחר שקם מכיסאו? לכך התייחס, במאמר מוסגר, השופט י' עמית בפסק הדין ב-ע"א 9111/15 מרגלית ש.א רכב בע"מ נ' מדינת ישראל (31.10.2017) (להלן: עניין מרגלית):

"העילות המנויות בסעיף 81 לחוק בתי המשפט לתיקון פסק דין הן מצומצמות. עם זאת, אני סבור כי מקום בו מוצאת הערכאה הדיונית כי אכן נפלה שגגה על ידה, שאינה נופלת לד' אמות העילות בסעיף 81, הרי שלצד דחיית הבקשה, רשאית היא להבהיר אם אכן נעלמה מעיניה הנקודה מושא בקשת התיקון, ואם הייתה מוצאת לתקן את הדברים אילולא מגבלות סעיף 81 לחוק. בהערה מעין זו, יש כדי להכווין את ערכאת הערעור לדעתה של הערכאה הדיונית, מה שיכול לחסוך התפלפלות מיותרת לגבי כוונת הערכאה הדיונית" (פסקה 33 לפסק הדין).

45. ומן הכלל אל הפרט.

משמצוי התיק לגופו של עניין בפני ערכאת הערעור, חשיבות ההכרעה בשאלת סמכותו של בית המשפט קמא לתקן את פסק הדין החלקי (ולשנות את הסעד האופרטיבי בהתאם), למצער בחלק מהמקרים (והנסיבות דנן בכלל האמור), הינה מוגבלת מבחינה מעשית. ואבאר.

על פי אמרת האגב של השופט י' עמית בעניין מרגלית, גם אילו התיקון דנן לא בא בגדר סעיף 81 לחוק בתי המשפט – הרי שבית המשפט המחוזי היה מוסמך להבהיר בפסק הדין המשלים כיצד היה מחליט אחרת, לנוכח הטעות שנפלה בפסק הדין החלקי. במצב דברים זה, היה מוגש ערעור על פסק הדין, והדברים היו מונחים בפני בית משפט זה במלואם. אמנם יתכן שבענייננו הייתה לכך השפעה על זהות המערערים, אך נראה כי מבחינת התוצאה אין לכך נפקות ממשית. דהיינו, בגדרי פסק הדין המשלים, היה בית המשפט המחוזי מבהיר כיצד התיקון העובדתי צריך לשנות לעמדתו את התוצאה האופרטיבית, אך במישור הסעד היה פוסק בהתאם לממצאים העובדתיים כפי שנקבעו בפסק הדין החלקי. על כך, סביר מאוד להניח, היו מגישים הדיירים ערעור לבית משפט זה, ובשלב זה מצב הדברים אשר היה מונח לפנינו היה זהה כמעט לחלוטין למצב הדברים המונח בפנינו כיום, למעט זהות המערערים.

יתכן כי במקרים אחרים מתן הסעד האופרטיבי על יסוד תיקון שנעשה יכול להיות בעל נפקות, כמו למשל במישור הסעד הזמני לתקופת הביניים עד להכרעה בערעור, אך כאמור – לא כך בנסיבות דנן.

46. לצד זאת, ומעבר לצורך, הנני נוטה למסקנה לפיה התיקון שהתבצע במסגרת פסק הדין המשלים מצוי היה בגדרי סמכות בית המשפט לפי סעיף 81(ב) לחוק בתי המשפט, אשר כאמור מסמיך את בית המשפט לתקן כל טעות שנפלה בפסק דינו, לרבות טעות מהותית, בהסכמת הצדדים.

בנסיבות ענייננו, וכפי שיבואר להלן, הסכימו הצדדים לטעון להשלכות הטעות שנפלה בפסק הדין החלקי על מתן הסעד האופרטיבי – ובכך מתקיימת לדעתי דרישת ההסכמה שבסעיף 81(ב) לחוק בתי המשפט. במסגרת זו יש ליתן משקל גם לכך שהסכמת הצדדים לתיקון ניתנה טרם מתן פסק הדין הסופי בהליך, כך שהפגיעה בעיקרון "גמר המלאכה", כפי שתואר לעיל, היא פחותה.

47. אפנה כעת לעמוד על העובדות הנוגעות להסכמת הצדדים.

ביום 9.7.2020, לאחר שהתברר דבר הטעות העובדתית שנפלה בפסק הדין החלקי, התקיים דיון במעמד הצדדים ביוזמת בית המשפט, מחוץ לפרוטוקול. בסוף הדיון ניתנה החלטת השופט ג' גונטובניק, ובה נכתב:

"כאמור בהחלטתי הקודמת נפלה טעות עובדתית בפסק הדין. השאלה היא, כיצד טעות זו משליכה על מתן הסעד האופרטיבי שעדיין לא ניתן בפסה"ד החלקי, ושאמור להינתן בפסק הדין המשלים. בית המשפט העלה הצעה לפיה הצדדים ישלימו סיכומים בקצרה (תוך פרקי זמן קצרים ובהיקף שלא יעלה על שלושה עמודים) בסוגיה זו. ככל שיימצא שהטעות לא משפיעה על הסעד האופרטיבי יוכל בית המשפט לתיתו תוך שטענות הצדדים שמורות להם לשלב הערעור; וככול שיימצא שהטעות משפיעה על הסעד האופרטיבי הוא לא יינתן תוך שטענות הצדדים שמורות להם גם כן לשלב הערעור. מהלך זה, טעון את הסכמת הצדדים". (ההדגשה הוספה – י' כ').

הדיירים הודיעו במעמד הדיון כי הם מסכימים להצעה; קסירר הודיע כי הוא מסכים להצעה ביום 12.7.2020, ובמסגרת זו נכתב: "התובע מתכבד להודיע לבית המשפט הנכבד כי מבלי לגרוע מכל טענה מטענותיו, הוא מסכים להצעת בית המשפט הנכבד לפיה הצדדים ישלימו טיעון לעניין השלכת הטעות העובדתית בפסק הדין החלקי (כנטען בתשובת הנתבעים 11-1 מיום 25.6.20) על מתן הסעד האופרטיבי שעדיין לא ניתן בפסק הדין החלקי". עו"ד מוזר וארנשטיין הגישו הודעה משותפת מטעמם, כעבור יומיים, ובגדרה הסכימו

גם הם להצעת בית המשפט, בלשון כמעט זהה להודעת קסירר. הצדדים אף הסכימו, כאמור בהצעת בית המשפט, כי מניין הימים להגשת ערעור ימנה החל מהמועד שבו תתקבל החלטה אופרטיבית (במסגרת פסק הדין המשלים).

48. אין חולק כי הטעות העובדתית שנפלה בפסק הדין החלקי, ואשר לגבי השלכותיה הסכימו לטעון הצדדים, היא בעניין זהות בעלי המניות במועד שבו התגבש התנאי המפסיק. עניין זה עמד ביסוד אחת מההנמקות המרכזיות להכרעה בפסק הדין החלקי ביחס לגג. למען הבהירות, מצאתי לחזור על האמור לעניין זה בפסקאות 25–26 לפסק הדין החלקי:

“הדיירים טוענים כי המוחזר צריך לחזור לחברה, ועם פירוקה לבעלי מניותיה, בעלי הדירות בבניין. אלא שטיעון זה אינו מדויק. בשנים הרלוונטיות, כשהחברה הייתה עדיין פעילה, משמעות הדברים הייתה שהזכויות בגג חוזרות לחברת קרפס, ובאותם ימים בעלי מניותיה של החברה היו הקבלנים ולא הדיירים. מכאן נובע שאם היו רוצים בעלי המניות בחברה (קרי הקבלנים או יורשיהם), היו יכולים לחדש החכירה לעצמם, או להחכיר את הגג לצד ג' כלשהו. זאת ועוד – במרשם המקרקעין נותר רישומם של הקבלנים כבעלי זכויות חכירה, ללא שאיש נקט בצעד לביטול רישום זה. רישום זה לא הוסר ולא בוטל והדיירים לא נקטו בעניין זה כל צעד.” (ההדגשה הוספה – י' כ').

מן הציטוט המובא לעיל עולה כי ההכרעה ביחס לגג הייתה מבוססת על ההנחה כי לאחר התגבשות התנאי המפסיק, הזכויות בגג חזרו לחברה שהייתה בבעלות הקבלנים – וכך למעשה זכויות הקבלנים בגג המשיכו להתקיים, בעקיפין, דרך בעלותם בחברה. על יסוד הנחה זו נקבע כי המתווה ביחס לגג, בהסכם השיתוף, הוא “אפשרי, סביר וראוי”.

בהינתן האמור, ברי כי שאלת זהות בעלי המניות בעת התקיימותו של התנאי המפסיק בהסכם חכירת הגג אינה שולית או זניחה, אלא עמדה בבסיס ההכרעה ביחס לסבירות המתווה, הנוגע לגג, בהסכם השיתוף. מי שהסכים להגיש סיכומים על השלכותיה של טעות מהותית זו, טרם מתן פסק דין סופי – ודאי שהסכים להסמיך את בית המשפט לשנות את ההכרעה המבוססת עליה, ככל שימצא לעשות כן, על יסוד הנטען. לא ניתן לדעתי להבין את הסכמת הצדדים אחרת.

49. אף למעלה מכך, במסגרת החלטתו מיום 9.7.2020, הבהיר בית המשפט כי “ככול שיימצא שהטעות משפיעה על הסעד האופרטיבי הוא לא יינתן”. המשיבים הודיעו על הסכמתם להצעת בית המשפט לאחר שניתנה החלטה זו, ועל כן אין מקום לקבל את הטענה כי לא ידעו שהשלמת הטיעונים עשויה להוביל לאי-מתן סעד.

50. עשויה להישאל שאלה האם ההסכמה הנדרשת על פי סעיף 81(ב) לחוק בתי המשפט צריכה להיות גם ביחס לתוכן התיקון, ואין זה מספיק כי הצדדים יסכימו לעצם התיקון (ראו: חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 449 (מהדורה שלישית, 2012); בש"א (ארצי) 222/10 הקודחים שבת בע"מ נ' לובנין, פסקה 11 להחלטת הרשם א' איטח (7.9.2010)). אין הכרח להכריע בשאלה זו במקרה דנן (מהטעם המעשי עליו עמדתי לעיל) אולם אציין כי נטייתי היא לאמץ את הגישה לפיה די בכך שהצדדים הסכימו להסמיך את בית המשפט לבצע תיקון מהותי, ואין צורך בהסכמה גם על תוכנו של התיקון. מכאן גם עמדתי לעניין סמכותו של בית המשפט קמא, בעניין דנן, לתקן את טעותו במסגרת פסק הדין המשלים.

51. טרם סיום הדיון בסוגיה זו, יש לציין את הגישה החדשנית של בית המשפט קמא, עליה עמד, בבחינת למעלה מן הצורך, שלפיה גם ללא הסכמת הצדדים היה בסמכותו לתקן את פסק דינו החלקי (פסקה 26 לפסק הדין החלקי, צוטט לעיל בפסקה 24).

מדובר בגישה חדשנית, המבוססת על מקורות שחורגים מלשון חוק בתי המשפט. בית המשפט המחוזי נימק גישה זו בטעמים הבאים: חובתו של השופט כלפי עצמו לשפוט בהתאם לדין ולצדק, כמו גם חובתו כלפי הצדדים וערכאת הערעור; וכן שיקולי יעילות שלפיהם אין טעם לפסוק סעד שגוי מקום בו ברור כי ערכאת הערעור תחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי.

52. סוגיה דומה, במישור המשפט הפלילי, נדונה בעניין ע"פ 4190/13 סמואל נ' מדינת ישראל, פסקאות 103–117 לפסק הדין של השופטת ד' ברק-ארז (18.11.2014) (להלן: עניין סמואל), אשר עסק בתחולת סעיף 81 לחוק בתי המשפט על תיקונה של הכרעת דין בשלב הביניים – לאחר שניתנה הכרעת הדין אך טרם ניתן גזר הדין. בפסק דין זה נקבע כי הכללים הקבועים בסעיף 81 לחוק בתי המשפט חלים "רק כאשר בית המשפט כבר סיים את מלאכתו", ומכאן שאין הם חלים בתקופת הביניים הייחודית שבין מתן הכרעת הדין לבין גזירת הדין – תקופה שבה טרם הושלמה מלאכת בית המשפט. עם זאת, לנוכח פגיעה אפשרית בוודאות המשפטית וחשש מהארכה נוספת של ההתדיינות, הותוו בעניין סמואל שלושה שיקולים מרכזיים שעל בית משפט לשקול בבואו לתקן טעות שנפלה בהכרעת דין מרשיעה, מקום בו טרם ניתן גזר הדין: מהות הטעות; פרק הזמן שחלף מאז ניתנה ההחלטה; והשלכתו של התיקון על הגינות ההליך – הצורך להבטיח כי לא יגרם לנאשם עיוות דין (שם).

אבקש להעיר, בהקשר האמור, כי ההכרעה בעניין סמואל אינה משליכה, בהכרח, על שאלת סמכותו של בית המשפט האזרחי לתקן פסק דין חלקי מקום בו טרם נפסק סעד

אופרטיבי. לעניין זה יש לזכור כי בשונה מהכרעת דין במשפט פלילי, פסק דין חלקי במשפט אזרחי הוא פסק דין לכל דבר ועניין, בהיותו מסיים את הדיון לגבי חלק מבעלי הדין או לגבי חלק מהסעדים שהתבקשו.

53. אוסיף ואציין כי יש הסבורים שהערכאה הדיונית מצויה בעמדה עדיפה על פני ערכאת הערעור, לתקן טעויות עובדתיות בפסק דין או החלטה שנתנה, ועל כן יש להתיר את התיקון האופקי מטעמי יעילות (ראו: חבקין).

עוד אציין את דעתי כי גישתו החדשנית של בית המשפט קמא מתיישבת היטב עם דין רצוי ולעומת זאת מוקשה יותר במישור הדין הקיים לעניין הגדרת מהותו של פסק דין חלקי וניסוחו של סעיף 81 לחוק בתי המשפט.

בענייננו, כאמור, אשאיר את הדברים ב-"צריך עיון", משהכרעה בסוגיה זו אינה נדרשת.

54. ואחרי כל הדברים האלו, אבקש להעיר, מעבר לצורך, כי ספק אם השאלה שהציב בית המשפט קמא היתה נדרשת בנסיבות דנן.

כפי שכבר צוין לעיל, פסק דינו החלקי של בית המשפט קמא כלל שני מרכיבים: לעניין הזכויות במרתף – נדחתה התביעה; לעניין הזכויות בגג – נקבע שהתובע (קסירר) זכאי לסעד שתבע (מינוי כונס נכסים) אולם בית המשפט נמנע, במסגרת פסק הדין החלקי, מלפסוק סעד זה ואפשר לקסירר לשקול את צעדיו לאור דחיית תביעתו בעניין המרתף.

בנסיבות כאמור – קביעה עקרונית בדבר זכות לקבלת סעד אופרטיבי מסוים אולם הימנעות, באותו השלב, מלפסוק אותו לתובע, מדובר ב-"החלטה אחרת" ולא ב-"פסק דין חלקי" (ראו, מיני רבים: ע"א 897/79 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' רם בע"מ, פ"ד לה(1) 352, 355–356 (1981); רע"א 300/89 ולקו חברה לבניין ועבודות עפר בע"מ נ' החברה לפיתוח חוף אילת בע"מ, פ"ד מה(4) 497, 510 (1991)).

על פניו, נראה כי בנסיבות אלו, פסק הדין החלקי דנן מורכב מפסק דין חלקי (לגבי המרתף) ו-"החלטה אחרת" (לעניין הגג) (וכלשון הפסיקה, החלטה הנושאת "אופי דו-ראשי": ע"א 105/22 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' עיריית חיפה, פסקאות 7–8 (8.5.2022); ע"א 295/82 יעקב נ' עמיתור בע"מ, פ"ד לט(2) 345, 348–350 (1985)).

כאשר מדובר ב-"החלטה אחרת", בשונה מפסק דין, בית המשפט שנתן את ההחלטה רשאי לשוב ולדון בה, במתכונת של "עיון חוזר". עיון זה יעשה לרוב בשל שינוי נסיבות; אך רשאי בית המשפט, אם כי במקרים נדירים, לשנות מהחלטתו גם אם לא חל שינוי נסיבות, מקום בו נפלה בהחלטה טעות (וראו: עמ"ס 4794/05 אופן נ' שר הביטחון, פסקה 25 (12.6.2005)). הסמכות לעיון חוזר מהותי היא יציר הפסיקה, והיא עומדת באופן עצמאי ומנותק מהסמכות הנתונה לבית המשפט בסעיף 81 לחוק בתי המשפט.

בית המשפט קמא תיאר את הנסיבות שעמדו בפניו כך (סעיף 26 לפסק הדין המשלים): "לטעמי, כאשר שופט פוסק פסק דין חלקי, בו לא נפסק סעד אופרטיבי בגזרה מסוימת של המחלוקת, ונדרשת פסיקת סעד אופרטיבי בפסק דין משלים, ומתברר כי נפלה טעות בפסק הדין החלקי..."

אלא, שכאמור, באותו הקשר בו לא נפסק סעד אופרטיבי, אין מדובר כלל בפסק דין חלקי, והשאלה אינה מתעוררת כלל (כך, לשם הבהרה, אם הטעות הייתה מתגלית, בנסיבות דנן, לאחר פסק הדין החלקי, אולם הייתה מתייחסת דווקא לזכויות במרתף, הייתה מתעוררת השאלה כיצד לנהוג לאור קיומו של פסק דין חלקי. לא כך באשר לזכויות בגג).

ומכאן לגופם של דברים.

האם אכיפת הסכם השיתוף, לעניין הזכויות בגג, אינה צודקת בנסיבות העניין?

55. לצרכי הדיון, אניח מכאן ואילך כי צדק בית המשפט בקובעו כי נפלו בהסכם השיתוף "קשיים חוזיים" (לגבי המרתף – קיומו של מקלט, לגבי הגג – זהות בעלי המניות בעת התממשות התנאי המפסיק), כי בעקבות כך קמה חובת גילוי מוגברת שהייתה מוטלת על עו"ד מוזר עובר לכריתת הסכם השיתוף, וכי חובת גילוי מוגברת זו לא קוימה. זאת, על אף שעל פניו יתכן כי קביעות אלו אינן חפות מספקות: הטענה כי הופרה חובת גילוי לא נטענה על ידי הדיירים, והם מיקדו טענותיהם בתרמית והטעיה שביצע כלפיהם, לפי הנטען, עו"ד מוזר – ואף על פי כן נראה כי חובת הגילוי המוגברת עמדה ביסוד ההכרעה בבית המשפט קמא. כמו כן, כלל אין זה ברור האם מקום בו הספקות עליהן עמד בית המשפט היו מובאות במלואן לדיירים, עובר לחתימה על הסכם השיתוף, לא היה נחתם הסכם השיתוף במתכונתו הנוכחית (ונזכיר כי טענת "הטעיה" על פי סעיף 15 לחוק החוזים, מצריכה הוכחת קשר סיבתי בין ההטעיה לבין ההתקשרות בחוזה).

עם זאת, כאמור, מוכן אני להניח, לצורך הדיון, כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי לעניין זה עומדות בעינן. אף על פי כן, סבור אני כי יש לקבל את הערעור, בכל הנוגע לזכויותיו של קסירר בגג, מטעמים אחרים, עליהם אעמוד להלן.

56. ראובן ושמעון כורתים חוזה. לשמעון עומדת עילת ביטול בגין פגם בכריתה. שמעון בוחר במודע, במובהק, ולאורך זמן, שלא לבטל את החוזה. לימים ראובן תובע את אכיפת ההסכם. כעת מבקש שמעון לטעון, במסגרת הגנתו מפני התביעה, כי בשל אותן נסיבות שהקימו את עילת הביטול – יש להורות כי האכיפה איננה צודקת בנסיבות העניין לפי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות). האם רשאי בית המשפט, בנסיבות אלו, להורות כטענת שמעון, ולהימנע ממתן סעד של אכיפה? ואם כן, מתי?

זוהי, לדעתי, אחת מהשאלות המרכזיות בענייננו.

סבורני כי בנסיבות המקרה שלפנינו, התשובה לשאלה האמורה הינה שלילית. משבחרו הדיירים, במודע, שלא לבטל את הסכם השיתוף מחמת פגם ברצון, אין הם רשאים כעת להתגונן מפני אכיפה, בהסתמך על הוראת סעיף 3(4) לחוק התרופות, על יסוד אותן נסיבות שעמדו בבסיס עילת הביטול.

57. טרם אנמק את עמדתי, אקדים ואציין את שנקבע בעניין אחר שנדון בבית משפט זה, ב-ע"א 413/79 ישראל אדלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור (23.4.1980) (להלן: עניין מנצור). בעניין מנצור נכרת חוזה מכר מקרקעין בין תאגיד (המערערת שם), לבין מר ניסים מנצור ז"ל. הערכאה הדיונית קבעה כי, לנוכח מצבו הבריאותי הירוד של מנצור, וכן לנוכח השפעתו הבלתי הוגנת של עורך הדין שהחתים על מנצור על מסמכי העסקה – "לא יהיה זה מן הצדק לצוות על ביצוע בעין". החוזה נשוא הערעור בעניין מנצור נחתם טרם כניסתו לתוקף של חוק החוזים וחוק התרופות, ועל כן נדון על פי ההלכות הקודמות לכניסתם לתוקף של חוקים אלו.

על פי דעת הרוב, מפי כב' השופט מ' שמגר, בנסיבות העניין שם "לא היה יכול להיווצר ממילא קשר חוזי בר תוקף וההסכם הוא כאין וכאפס, מבחינת "non est factum" (שם, בפסקה 7(ב) לחוות דעתו של השופט מ' שמגר). כטעם נוסף, קבע השופט מ' שמגר כי במידה והחוזה היה תקף, ועל אף שעמדה למנצור עילת ביטול בשל פגם ברצון (השפעה בלתי הוגנת) אותה לא מימש, אין בנסיבות העניין לזקוף את אי-ביטול החוזה לחובתו. זאת בשל מצבו הרפואי, וכן לנוכח העובדה כי נפטר זמן קצר לאחר כריתת החוזה.

השופט ח' כהן קבע גם הוא כי יש לדחות את הערעור בעניין מנצור, אך זאת בהנמקה אחרת (אליה גם הצטרף השופט ש' אשר), שלפיה אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין (בהתבסס על דיני יושר; וכלשון סעיף 3(4) לחוק התרופות). וכך קבע:

"לפי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, אין אוכפים חוזה אם 'אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין'. חוק זה אינו חל על החוזה דנן, באשר נעשה עוד לפני יום 27.3.1971, הוא יום תחילת החוק; אלא בו בזמן שעתה אכיפת חוזה היא סעד שבדין, הרי קודם לכן היתה אכיפת חוזה סעד שביושר, ובתי-משפט של יושר לא השתמשו בשיקול דעתם לאכוף חוזה אם אמנם אכיפתו היתה 'בלתי צודקת בנסיבות העניין'. מה שנשתנה עם החוק החדש הוא שיש לנו עתה נוסחה קצרה וקולעת – אך לעיצומה של עילת ההגנה מפני אכיפת חוזה לא נשתנתה ולא כלום. [...]

בית-משפט של יושר יסרב לאכוף חוזה, אם עורך-דין אשר פעל למעשה עבור שני הצדדים, לא גילה לשניהם כל אשר חייב היה לגלותו לא הסביר כל אשר חייב היה להסביר, ואחד הצדדים עשה את החוזה מבלי שהבין כל השלכותיו Hesse v. Briant (1856) 28 L.T.O.S. 297; 5 (W.R. 108; 43 E.R. 1375 (C.A.)). [...]

אפילו נאמר שהחוזה נעשה בין המערערת לבין המנוח חוזה הוא ותקף הוא, ושלא היתה טעות או הטעיה או מרמה קונסטרוקטיבית שהיה בהן כדי עילה לביטולו; ואף אם נניח – כפי שמוכן אני להניח – שאם היה פה עושה, הרי נעשה העושה שלא בזדון, ואנשי המערערת נהגו בתום לב ובדרכים המקובלות על סוחרי קרקעות שאין לנגד עיניהם אלא רווחיהם בלבד, לא ישתמש בית-המשפט בשיקול דעתו לאכוף את החוזה, והוא משום שבנסיבות בעניין לא תהא האכיפה 'צודקת', אלא היא תוסיף ענות על ענותו של המנוח (ואין נפקא מינה לענין זה שבינתיים באו יורשיו בנעליו, והמה בחזקת בריאות ושלמות עומדים)".

מן האמור עולה כי לעמדת השופט ח' כהן, ניתן להשתמש בכלי הנתון לבית המשפט בסעיף 3(4) לחוק התרופות ולקבוע כי אכיפת חוזה אינה צודקת, גם בנסיבות בהן החוזה היה ניתן לביטול מחמת פגם בכריתה ולא בוטל על ידי הנפגע.

58. נראה כי כך גם סבורים המלומדים פרופ' דניאל פרידמן ופרופ' נילי כהן (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 126–127 (מהדורה שנייה, 2020) (להלן: פרידמן וכהן)): :

"אם בוטל חוזה מחמת טעות או הטעיה, לא מתעוררת כלל שאלה של סעדים בשל הפרתו. אולם פעמים ממשך החוזה לעמוד בעינו חרף הטעות או ההטעיה. זאת, בין

משום שהטעות לא הייתה אופרטיבית ובין משום שברירת הביטול לא הופעלה במועד.

אם חוזה כזה, העומד בעינו, הופר על ידי הצד שטעה, עשוי בית המשפט להתחשב בכך במסגרת שיקול הדעת הנתון לו בגדר הדינים הנוגעים לסעדים בשל הפרת חוזה. דיני היושר (equity) נמנעו, בדרך כלל, ממתן צו ביצוע בעין כלפי צד שטעה טעות יסודית בכריתת חוזה. אולם מגמה זו לא הייתה חד משמעית. גם בשיטתנו ניתן להגיע למסקנה כי נוכח הטעות תהיה 'אכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין', כאמור בסעיף 3(4) לחוק התרופות. שימוש כזה בשיקול הדעת לא יגן על המתקשר (שטעה) בפני תביעת פיצויים, אך סעד זה עשוי במקרים רבים להיות עדיף על פני קיום החוזה."

59. הגישה האמורה מעוררת קשיים ניכרים וברי, לדעתי, כי שימוש כאמור בהוראת סעיף 3(4) לחוק התרופות, בנסיבות כאמור, שמור למקרים מיוחדים ונדירים.

60. ראשית, חוק החוזים מקנה לצד הנפגע, בנסיבות של חוזה שנפל פגם בכריתתו, את הברירה לבחור לבטל את החוזה בגין הפגם שנפל בכריתתו או שלא לעשות כן. בחירה (בין במעשה ובין במחדל) שלא לבטל את החוזה, נתפסה בפסיקה כמפקיעה את זכות הביטול ובמקרה שכזה החוזה עומד במלוא תוקפו (וראו: פרידמן וכהן, בעמ' 516; ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ, פסקה 16 לפסק הדין של השופט ע' פוגלמן, וההפניות שם (6.6.2011)).

השימוש, לאחר מכן, בהוראת סעיף 3(4) לחוק התרופות, כדי להתנגד לאכיפתו של ההסכם, בשל אותם טעמים שהצד הנפגע בחר שלא לבטל בגינם את החוזה, נראה כמקנה לצד הנפגע ברירה שלישית – להותיר את החוזה במלוא תוקפו ככל שהדבר נוגע לזכויות כלפיו ולעומת זאת לחוזה "פגיע" לעניין אכיפתו בכל הנוגע לחיוביו שלו. ברירה שכזו אינה מוקנית בדין וספק רב אם יש לה מקום.

61. אמנם, קיים הבדל בין השאלה האם הסכם הוא תקף, לבין השאלה האם הוא אכיף. זאת אנו למדים מעצם קיומו של סעיף 3 לחוק התרופות, אשר מפרט מקרים שבהם ניתן למנוע אכיפה של חוזה תקף. עם זאת, מצב שבו צד לחוזה משתמש באותו טיעון עצמו לפגם בכריתתו, ללא שום תוספת, כטענה נגד אכיפה על יסוד סעיף 3(4) לחוק התרופות – יוצרת תוצאה קשה, אשר לדעתי, כאמור, יש לשמור למקרים חריגים בלבד.

62. שנית, קבלת הטענה לאי-אכיפה, בנסיבות מסוג הנסיבות דנן, מביאה לתוצאה שיש בה משום מידה רבה של ניגוד (גם אם לא מוחלט), לדין בעניין ביטול חלקי של חוזה. כך, קבלת הטענה בדבר אכיפה שאינה צודקת, לפי סעיף 3(4) לחוק התרופות,

מאפשרת להשיג תוצאה דומה לביטול חלקי של ההסכם, מבלי שביטול חלקי כאמור התבצע בפועל, וללא תלות בשאלה האם ההסכם ניתן להפרדה, כדרישת החוק.

אזכיר כי סעיף 19 לחוק החוזים מסדיר את האפשרות של ביטול חלקי, וקובע כדלקמן:

”ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו.”

מסעיף 19 שצוטט לעיל אנו למדים כי ביטול חלקי של חוזה יכול להיעשות רק מקום בו החוזה ניתן להפרדה לחלקים. מה הוא אותו חוזה הניתן להפרדה, שבו עוסק סעיף 19? פרידמן וכהן מגדירים זאת כך: “חוזה הכולל מספר הבטחות כשלכל אחת תמורה נפרדת, כך שכל הבטחה (כשלצידה התמורה שהובטחה בגינה) עומדת בנפרד. למעשה, מדובר במקרה שבו הצדדים חיברו, כביכול, מספר חוזים יחד במסגרת אחת” (פרידמן וכהן, בעמ’ 554; וראו בנוסף: ע”א 3541/98 די וורולי סיאני הנדסה (1990) בע”מ נ’ מינהל מקרקעי ישראל, פ”ד נו(4) 145, 156 (2002); ע”א 677/87 רויטר נ’ מורצקי בנימין בע”מ, פ”ד מג(4) 853, 858 (1989)).

מכאן שמקום בו החוזה בנוי כמקשה אחת, דהיינו איננו ניתן להפרדה לחלקים, אזי לא ניתן לבטל את החוזה באופן חלקי. במקרה כזה, בידי הנפגע בחירה בין האפשרות לבטל את החוזה כולו, לבין האפשרות להשאירו על כנו. ברירת הביטול, כאמור, מצויה בידי הנפגע, והוא איננו חייב להפעילה; אולם אם יבחר בביטול, יהא מחויב לבטל את החוזה כולו (פרידמן וכהן, בעמ’ 555–556).

הסכם השיתוף בענייננו איננו ניתן להפרדה. ההסכם בא לעולם על יסוד הכרה הדדית בזכויות הצדדים בבניין. ההכרות בזכויות הצדדים בבניין שלובות זו בזו, באופן שהכרה אחת מהווה את התמורה להכרה האחרת, ולהפך. אין מדובר בשני חוזים שהתלכדו יחד. כאמור, כאשר מדובר בחוזה אשר איננו ניתן להפרדה, כבענייננו, לא ניתן להפריד חלק מהחוזה שאיננו בעל חיים עצמאיים – ולבטלו לחוד מיתר החוזה (כהוראת סעיף 19 לחוק החוזים).

והנה, אם תתקבל הטענה לאי-אכיפה על פי סעיף 3(4) לחוק התרופות, נוצרת מעין “עקיפה” של הדין ביחס לביטול חלקי: “המתת” (או, למצער, קביעת “נכות”) של חלק מן ההסכם על ידי הפיכתו לבלתי-אכיף, בעוד חלק אחר של ההסכם נותר שריר וגם

אכיף. זאת, מקום שהחווה כלל אינו ניתן להפרדה – כך שמלכתחילה לא עומדת אפשרות לבטל רק חלק מן ההסכם.

63. מעבר לאמור, לדעתי הנסיבות דנן, בפרט, הינן נסיבות אשר במובהק אינן מתאימות לקביעה שאכיפתו של ההסכם אינה צודקת, במשמעות סעיף 3(4) לחוק התרופות, בשל פגם שנפל בכריתת ההסכם, פגם שהדיירים בחרו שלא לבטל את ההסכם בשל קיומו.

64. טעם ראשון לעמדתי, ובית המשפט אף קבע זאת בפסק הדין החלקי, הוא כי לדיירים היו הזדמנויות מובהקות להפעיל את ברירת הביטול – והם בחרו במודע שלא לעשות כן. כך, גם כאשר הדיירים כבר היו בעיצומו של עימות משפטי עם קסירר, ונטענה הטענה נגדם כי ההסכם לא בוטל – עדיין דבקו הדיירים בבחירתם שלא להודיע על ביטול הסכם השיתוף.

לעניין זה התייחס בית המשפט המחוזי בפסק הדין החלקי, בקובעו כי הדיירים לא עתרו לביטול ההסכם במודע, ותוך שעמד על ההשלכות המשפטיות של בחירה זו:

”יש לשים לב כי הדיירים לא עתרו לביטול ההסכם, גם לא נוכח טענות תרמית והטעיה. הימנעות זו אינה מקרית. אם יש מקום לבטל את הסכם השיתוף, ולהחזיר הגלגל לאחור, כי אז יש מקום להחזיר את כל הזכויות לחברת קרפס, ולחדש את החכרת הדירות מצד החברה לדיירים. אלא שהדיירים אינם מעוניינים בכך. הם מבקשים ליהנות מפירות ההסכם, לרבות מהאפשרות לרשום זכויותיהם כבעלים, אך לא לשאת במחירים שבו – קרי הכרה בזכויות יורשי הקבלנים. כזאת לא ניתן לעשות. הדיירים לא פעלו לביטול ההסכם, לא תוך זמן סביר ולא בכלל, ובינתיים שינו יורשי הקבלן ארנשטיין מצבם לרעה, וכך גם מר קסירר התובע.” (פסקה 26 לפסק הדין החלקי).

אכן, ניתן לטעון כי האמור לעיל איבד במידת מה ממשקלו, בשל גילויה של אותה טעות שנפלה בפסק הדין החלקי של בית המשפט קמא: משהועמד בית המשפט קמא על טעותו, מצב הזכויות שהיה נוצר לו הדיירים היו מבטלים את הסכם השיתוף אינו ברור (ובמילים אחרות, חלק מהתמורה שקיבלו הדיירים מכוח הסכם השיתוף, אינו ברור כפי שהיה בעת שסבר בית המשפט שמניות החברה, בעת התקיים התנאי המפסיק, היו בידי הקבלנים).

יחד עם זאת, המצוטט לעיל הינו עדיין נכון ובעל משקל רב: הדיירים זכו בשדרוג מהות הזכויות שבידיהם; ואין ספק שהקבלנים לא היו מסכימים להתקשר

בהסכם שיתוף השולל את כל זכויותיהם בבניין, אילו ההסכם היה מקנה לדיירים גם את הזכויות במרתף ובגג. על כן, האמירה בפסק הדין החלקי, לגבי רצונם של הדיירים ליהנות מהסכם השיתוף, תוך שלילת החלק הנוח פחות עבורם והחשוב מאוד לקבלנים – "כזאת לא ניתן לעשות" – נותר בתוקף.

דומה כי לעניין זה, יפים דברי השופט ח' כהן בעניין בוקסרמן, שהובאו מפסק הדין האנגלי (1859) 453 C.B.N.S. *Clarke v. Dickson*:

"מקום ששידלו אותך, בתרמית, לקנות עוגה, זכותך היא להחזירה ולתבוע השבת מחירה; אבל אי אתה יכול גם לאכול את העוגה וגם להחזירה" (ע"א 253/62 בוקסרמן נ' לחם חי בע"מ, פ"ד טז 2132, 2135 (1962)).

65. בית המשפט קמא הוסיף וקבע, בפסקה 32 לפסק הדין החלקי, את הדברים הבאים:

"במשך השנים מאז נחתם הסכם השיתוף לא ניתנה על ידי מי מהדיירים הודעה בדבר ביטולו, ולא ננקט כל הליך לשם ביטול כאמור. לא ניתן על ידי העדים מטעם הדיירים כל הסבר מניח את הדעת מדוע לא ננקט צעד כלשהו בעניין זה." (ההדגשה הוספה – י' כ').

גם קביעה זו נותרה נכונה כפי שהייתה בעת שניתן פסק הדין החלקי.

66. בנקודה זו מצאתי לנכון לעמוד על האופן שבו נבדל ענייננו מעניין מנצור: בנסיבות עניין מנצור, למעשה לא עמדה למנצור אפשרות לבצע בחירה מודעת ומושכלת, משהתברר דבר הפגם בכריתה, בין ביטול ההסכם ובין השארתו על כנו. זאת בשל מצבו הרפואי הרעוע, וכן לנוכח העובדה כי נפטר ימים ספורים לאחר החתימה על החוזה (ראו שם, פסקה 10 לחוות דעתו של השופט מ' שמגר). שונים הדברים בענייננו. בפני הדיירים עמדו הזדמנויות רבות להודיע על ביטול הסכם השיתוף, והם בחרו את שבחרו, ביודעין. כך, גם לאחר שנטען נגדם בהליך משפטי כי לא בוטל הסכם השיתוף – הם דבקו בעמדתם שלא להודיע על ביטולו.

67. טעם שני לעמדתי מצוי בתום ליבו של הצד מבקש האכיפה – קסירר – והסתמכותו המוצדקת על הסכם השיתוף.

אזכיר כי הסכם השיתוף נכרת בשנת 2012, הזכויות בבניין (במושע) נרשמו ב- 18.12.2014 ורק לאחר מכן, ביום 8.7.2015, רכש קסירר את זכויות ארנשטיין בגג ובמרתף.

ואף זאת ראוי להדגיש: בית המשפט קמא קבע, כממצא עובדתי, כי קסירר הסתמך בתום לב על הסכם השיתוף:

”לא מצאתי פגם בתום ליבו של התובע, מר קסירר. חתימת הסכם השיתוף הושלמה בשנת 2012, ואילו הסכם המכר נחתם בשנת 2015. מזווית הראיה של מר קסירר הוא ראה את נסח הטאבו ואת הסכם השיתוף, ונתונים אלה לא העלו נורת אזהרה מבחינתו. הוא לא נחפז לרישום הזכויות אלא פנה לבית המשפט לאחר שהדיירים לא שיתפו פעולה עם רישום ההסכם. ההסכם עמו נערך לאחר שנשכר שמאי להערכת שווי הזכויות. אין למצוא בכל אלה פסול המצדיק את ביטול ההסכם. להפך.” (פסקה 31 לפסק הדין החלקי).

כאשר בית משפט נדרש לטענה בדבר אכיפה בלתי צודקת של חוזה, עליו לשקול את שיקולי הצדק כאשר שני הצדדים לחוזה עומדים לנגד עיניו (וראו: ע”א 5131/10 אזימוב נ’ בנימיני, פ”ד סו(1) 442, 464–465, פסקה 18 וההפניות שם (2013) (להלן: עניין אזימוב); ע”א 4232/13 אנגלו סכסון סוכנות לנכסים בע”מ נ’ בלום, פסקה 16 לפסק הדין של השופט י’ עמית (29.1.2015)). בפרט, על בית משפט הבוחן אפשרות שלא להורות על אכיפת חוזה מטעמי צדק, לבחון, בין היתר, ”האם צו האכיפה יפגע במפר פגיעה החורגת מכל יחס לתועלת שעשוי הנפגע או צד שלישי להפיק מאכיפת החוזה” (פרידמן וכהן, כרך ד, בעמ’ 220 (2011); וראו בנוסף: עניין אזימוב, בעמ’ 465; ע”א 4796/95 אלעוברה נ’ אלעוברה, פ”ד נא(2) 669, 677 (1997)).

בפסק הדין המשלים לא ניתן למצוא התייחסות כלשהי לתום ליבו והסתמכותו של קסירר, העומדים כנגד הטענה שאכיפת הסכם השיתוף לטובתו תהיה, כביכול, בלתי צודקת כלפי הדיירים.

דומה כי גם במקרה ”רגיל”, הסתמכות בתום לב על ההסכם תהווה שיקול רב משקל שלא לקבל טענה בדבר היותה של האכיפה בלתי צודקת במובן סעיף 3(4) לחוק התרופות.

סבורני כי בוודאי (ועל משקל קל וחומר) שאין מקום לקבל טענה לאי-אכיפת הסכם, על יסוד הוראת סעיף 3(4) לחוק התרופות, כאשר הטעם הנטען לכך נוגע לפגם בכריתת החוזה, כאשר הצד הטוען לאכיפה בלתי צודקת נמנע במודע מלבטל את ההסכם, וכאשר הצד שכנגד נהג בתום לב והסתמך בתום לב על ההסכם התקף.

68. לאותה תוצאה ניתן להגיע גם מכיוון משפטי נוסף.

כאמור לעיל, בית המשפט קמא קבע, כקביעה עובדתית, שקסירר היה תם לב והסתמך על הסכם השיתוף. בית המשפט גם קבע, עובדתית, כי קסירר שילם בגין הזכויות שרכש תמורה ראויה (כך, הזכיר בית המשפט, בקטע שצוטט לעיל מסעיף 31 לפסק הדין החלקי, כי ההסכם לרכישת הזכויות: "נערך לאחר שנשכר שמאי להערכת שווי הזכויות", וראו גם בסעיף 45(ב) לפסק הדין החלקי: "אכן, מקובל עלי שלא עלה בידי הנתבעים להראות כי מר קסירר פעל בחוסר תום לב או כי לא שילם תמורה נאותה").

קסירר רכש את זכויות ארנשטיין בבניין לאחר כריתת הסכם השיתוף וקודם לביטולו של ההסכם בשל פגם בכריתה (למעשה וכפי שהודגש לעיל, ביטול כאמור לא בוצע עד לעצם היום הזה). מדובר, אם כן, במקרה שבו הועברו זכויות בקניין (הזכויות בגג ובמרתף) לגורם שלישי, מכוח חוזה תקף שלא בוטל.

בהלכה הפסוקה נשמעו דעות שונות ביחס לשאלת התחרות בין מוכר נכס שביטל את חוזה המכר מחמת פגם בכריתה, לבין צד שלישי שרכש את הנכס מהקונה, על בסיס הסכם המכר שבוטל, קודם שבוטל (פרידמן וכהן, בעמ' 688–693). עמדה אחת סוברת כי ביטול חוזה פועל "למפרע", כך שהקניין חוזר לבעליו המקוריים, ועל הצד השלישי להיחשב רוכש בתנאי תקנת השוק על מנת לגבור (ע"א 248/77 בנק הפועלים בע"מ נ' גרבורג, פ"ד לב' (1) 253 (1977); ע"א 760/77 בן עמי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פד"א לג' (3) 567 (1979)). עמדה אחרת סוברת כי על פי סעיף 21 לחוק החוזים, ניתן לראות בהשבה כבלתי אפשרית מקום בו עבר הנכס לידי צד שלישי (ע"א 459/78 חברת בני פיפסקוביץ בע"מ נ' חברת אבני יצחק ושות' בע"מ, פ"ד לה' (2) 169, 180–181 (1981)). עמדה שלישית, מבקשת לבצע אנלוגיה לדיני העסקאות הנוגדות (סעיף 9 לחוק המקרקעין וסעיף 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971), כך שאם הצד השלישי רכש את הנכס בתום לב ובתמורה, זכותו תגבר על זכותו של המוכר אשר ביטל את חוזה המכר (רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פימן בע"מ, פ"ד נג' (1) 481 (1991); וראו בנוסף: ע"א 5328/21 אבו רקיה נ' חנדקלו, פסקה 101 לפסק הדין של השופט ח' כבוב (3.1.2023)).

אלא, שתנאי ליצירת "תחרות" בין מוכר הנכס לבין הצד השלישי, היא כי מוכר הנכס ביטל את הסכם המכר. במקרה שבו כלל לא בוטל חוזה המכר, והנכס שנמכר נרכש על ידי צד שלישי, על בסיס מה תישמע הטענה כי יש להעדיף את זכותו של המוכר? זאת, על אחת כמה וכמה מקום שבו נקבע כי הצד השלישי רכש את הנכס בתום לב ובתמורה. זהו סוג המקרים, כאמור לעיל, שבהם יש הסוברים כי הצד השלישי יגבר על מוכר הנכס גם אם האחרון ביטל את הסכם המכר, ומקל וחומר מקום בו המוכר כלל לא ביטל את ההסכם.

על בסיס האמור, סבורני כי זכותו של קסירר גוברת על טענות מצדם של הדיירים בדבר הפגם שנפל בכריתת הסכם השיתוף.

69. לבסוף, יש ליתן את הדעת לכך שבית המשפט הסתמך, בנוסף לסעיף 3(4) לחוק התרופות, גם על מקורות אחרים, ובהם תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, אשר מתנה את מתן סעד של מינוי כונס נכסים בכך שהדבר "נראה צודק ונוח". לטעמי אין בשיקול דעת זה, כמו גם ביתר המקורות אליהם הפנה בית המשפט קמא (בסעיף 43 לפסק הדין החלקי), כדי להרחיב את שיקול הדעת המוקנה על פי סעיף 3(4) לחוק התרופות. הטעמים שפורטו לעיל בגינם איני סבור כי ניתן להפעיל את הסמכות שבסעיף 3(4), עומדים בעינם.

אכיפת הסכם השיתוף לעניין הזכויות במרתף

70. אך בכך לא תם הדיון. בהקשר הזכויות במרתף, המקור לקביעת בית המשפט המחוזי שאין לאכוף את החוזה בנסיבות העניין אינה מבוססת באופן בלעדי על אותן הנסיבות שמקימות עילת ביטול בגין פגם בכריתה.

לעניין המרתף, מעבר להפרת חובת הגילוי המוגברת, נקבע כי אין זה צודק לאכוף את הסכם השיתוף גם מכיוון שקיימת שאלה לגבי קיומו של מקלט במרתף. החשוב לענייננו הוא, כי בשונה ממסקנתי לעיל, מדובר בנסיבות חיצוניות לפגם שנפל בכריתת ההסכם, הנטועות באינטרס הציבור. על כן, מסקנתי דלעיל אינה רלוונטית לטעמים אלו. זאת, בשונה מהנסיבות שבגינן נפסק כי אין זה צודק לאכוף את הסכם השיתוף ביחס לגג, הזוהות לנסיבות שהקימו עילה לביטול החוזה (אשר לא מומשה).

באשר לטעמים שבתקנת הציבור, נפסק זה מכבר כי מדובר בקטגוריה עצמאית של טעמים שבגינם ניתן להורות שאכיפת ההסכם הינה בלתי צודקת לפי סעיף 3(4) לחוק התרופות (ע"א 3833/93 ל' לוי' נ' לוי, פ"ד מח(2) 862, 877-880 (1994)).

חשיבות סוגיית המקלט נידונה בהרחבה בפסק הדין החלקי של בית המשפט קמא, ואיני רואה למקום לחזור על הדברים (ראו פסקאות 37-39 לפסק הדין החלקי). נימוקים אלו מקובלים עליי. יוער, כי אין בטענה כי חוק ההתגוננות האזרחית טרם נכנס לתוקף עת ניתן היתר הבנייה כדי להועיל למערער. אין בכך כדי לגרוע מאינטרס הציבור, כיום, המועד בו מבוקשת האכיפה, שלא להוציא שטחו של מקלט מרכושו המשותף של הבניין.

אשר על כן, מקובלת עליי המסקנה כי ביחס לשטח המחסן במרתף (שלגביו בית המשפט קמא קבע כי "ככל הנראה" מהווה מקלט) – לא יינתן סעד וזכויות הצדדים שמורות להם, כאמור בפסק דינו החלקי של בית המשפט קמא.

סוף דבר

71. לו דעתי תישמע, הערעור מתקבל באופן חלקי: הערעור ביחס לאכיפת זכויות קסירר בגג, כמבוקש בתובענה שהגיש, מתקבל, ואילו הערעור ביחס לזכויות במרתף נדחה, תוך שמירת הזכויות כאמור בפסק הדין החלקי.

יובהר כי אין בפסק דין זה כדי לפגוע בזכות ששמר לעצמו המשיב 1, כאמור בפסקאות 28 ו-32(א) לפסק הדין החלקי.

מצאתי לפסוק הוצאות מופחתות לטובת קסירר, שכן ערעורו התקבל באופן חלקי בלבד, בסך של 25,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת ג' כנפי-שטייניץ:

1. קראתי בעיון את חוות דעתו של חברי השופט י' כשר, אולם אין בידי להצטרף למסקנתו ולפיה יש לקבל את הערעור בהתייחס לזכויות בגג. כפי שאפרט להלן, עמדתי היא כי אין לאכוף את הסכם השיתוף על המשיבים 1-11 (להלן: הדיירים), ולפיכך דין הערעור כולו להידחות.

סיפור המעשה בקליפת אגוז הוא, כי עו"ד יואב מוזר (להלן: עו"ד מוזר), הפועל להסדרת זכויותיה של אחת מדיירות הבניין, מציע לדיירים לפעול לרישומו של הבניין כבית משותף ולרישום זכויותיהם בדירותיהם, זאת מבלי שתיפגענה זכויותיהם וללא כל תשלום. בסופו של התהליך, ועל יסוד הסכם שיתוף עליו הוחתמו הדיירים, מוקנות ליורשיהם של קבלני הבניין זכויות שימוש וחזקה בלעדיות בגג הבניין ובקומת המרתף, מבלי שהוצפה או התבררה השאלה האם זכויות אלה אמנם שייכות לקבלנים. בשלב הבא, חלק מן הזכויות נמכרות לאדם שלישי, הוא המערער שלפנינו. השאלה הניצבת לפנינו היא, האם יש לאכוף על הדיירים את הסכם השיתוף ואת רישומו במרשם המקרקעין.

ועתה ביתר פירוט.

תמצית השתלשלות האירועים

2. בשנות ה-50 של המאה הקודמת הקימו הקבלנים שמעון וקסמן ז"ל ויוסף ארנשטיין ז"ל (להלן בהתאמה: וקסמן ו-ארנשטיין, וביחד: הקבלנים), בניין ברחוב זלטופולסקי בתל אביב, בחלקה הידועה כיום כחלקה 34 בגוש 6901 (להלן: הבניין). מדובר בבניין בן 3 קומות הכולל 11 דירות מגורים, וכן קומת מרתף וקומת גג שעליה חדר כביסה קטן. בשנת 1957 נרשם הבניין במרשם המקרקעין על שם חברת קרפס בע"מ (להלן: חברת קרפס או החברה), אותה ייסדו הקבלנים, ואילו 11 דירותיו הוחכרו על-ידי החברה לדיירים בחכירה לדורות, חכירות שאף הן נרשמו במרשם המקרקעין.

3. עוד קודם לכן, בשנת 1952, החכירה החברה לקבלנים את גג הבניין וכן מחסן בקומת המרתף, לתקופה של 99 שנה, על פי שני שטרות חכירה: האחד, שטר 95/52 המתייחס לחכירת "כל שטח הגג אשר מעל הקומה העליונה של הבית המשותף" אשר מטרתה הקמת דירה או דירות נוספות על גג הבניין (להלן: שטר חכירת הגג); והשני, שטר 1262/52 המתייחס למחסן בקומת המרתף על פי "תרשים" שצורף לשטר (להלן: שטר חכירת המחסן). יצוין כבר עתה כי בתרשים האמור סומן המחסן רק על חלק מקומת המרתף. שני שטרי החכירה נרשמו במרשם המקרקעין.

4. כפי שיפורט בהמשך, שטר חכירת הגג כלל תנאי מפסיק (כך לפי קביעת בית המשפט המחוזי, שהצדדים אינם חולקים עליה), שלפיו השטר יהיה "בטל ומבוטל מאליו" ככל שהקבלנים לא יבנו על שטח הגג בתוך עשר שנים ממועד חתימת השטר (להלן: התנאי המפסיק). אין חולק כי הקבלנים לא מימשו את זכותם לבנות על הגג בתוך התקופה האמורה ואף לא בשנים שלאחר מכן. עם זאת, שטר חכירת הגג לא נמחק ממרשם המקרקעין. בשנת 1982, נמחקה חברת קרפס ממרשם החברות בשל אי-תשלום אגרות.

5. בשנת 2010 שכרה אחת הדיירות בבניין, גילה מאור (להלן: מאור), את שירותיו של עו"ד מוזר, לשם הסדרת זכויותיה בדירתה. בעוד שמרבית הדירות בבניין הוחכרו לדייריהם לתקופה של 99 שנים, דירתה של מאור הוחכרה לתקופה של 24 שנים אשר הסתיימה בשנות ה-80 של המאה הקודמת, ומכאן פנייתה. לשם הסדרת זכויותיה של מאור, פנה עו"ד מוזר לכלל הדיירים וקיבל את הסכמתם לפעול לרישומם של הבניין כבית משותף, ולרישום זכויותיהם של כלל הדיירים כבעלים בדירותיהם במרשם המקרקעין. מצב הזכויות במקרקעין באותה עת היה המצב הבא: הבעלים הרשומים של המקרקעין

היתה חברת קרפס בע"מ, ואילו הדיירים היו רשומים כבעלי זכות חכירה לדורות. שטרי החכירה בגג ובמחסן היו רשומים אף הם.

6. לצורך הסדרת הזכויות פעל עו"ד מוזר תחילה להחייאת חברת קרפס לשם פירוקה, ומונה על-ידי הדיירים כמפרקה מרצון. לאחר החייאת החברה, רשם עו"ד מוזר את כלל בעלי הזכויות בבניין כבעלי מניות בחברה. אע"כ, כי בפרוטוקול אסיפת בעלי המניות של החברה מחודש מרץ 2010 עליו חתמו כלל הדיירים, נקבע כי "הזכאים להירשם כיום כבעלי מניות בחברה" הם 11 הדיירים הנוכחיים, מבלי שצוינו הקבלנים (ראו נספח 11 לתיק המוצגים מטעם הדיירים). עם זאת, רשם עו"ד מוזר לבסוף כבעלי מניות לא רק את הדיירים, אלא גם את הקבלנים.

7. בשנת 2011 החתים עו"ד מוזר את כל הדיירים ואת יורשיו של הקבלן המנוח ארנשטיין (להלן: יורשי ארנשטיין) על "חוזה שיתוף במקרקעין", שנועד לייחד את זכויות החזקה והשימוש במקרקעין לבעלי הזכויות בבניין, כל אחד לפי חלקו (להלן: הסכם השיתוף). במבוא להסכם צוין, כי הצדדים מבקשים לפרק את השיתוף בזכויות הבעלות בבניין באמצעות חלוקה בעין של הזכויות "כל זאת בהתאם לזכויות הקיימות של הצדדים בבניין". בהסכם יוחדו לכל דייר זכויות חזקה ושימוש בלעדיות בדירה שבה הוא מתגורר. באשר לקבלנים נקבע, כי הם "מקבלים לחזקה ושימוש בלעדית וייחודית את יחידות 1 ו-13 בקומות המרתף והגג בבניין המסומנות בתשריט". בתשריט המצורף להסכם נרשמו כל היחידות כולן כ"דירה". "דירה 1" נרשמה כדירה המשתרעת על כל שטח המרתף (42.95 מ"ר), ואילו "דירה 13" נרשמה כדירה ששטחה 7.25 מ"ר המצויה על הגג, אשר לה צמוד כל שטח הגג (242.55 מ"ר). להשלמת התמונה אציין כי הוראות ההסכם מאפשרות לכל צד "לבנות ביחידה שבחזקתו ובשימושו" (סעיף 3 להסכם).

8. בשנת 2014 השלים עו"ד מוזר את רישום זכויות הדיירים במרשם המקרקעין ואלה נרשמו כבעלים משותפים במקרקעין (במושע) באופן הבא: 9/100 מזכויות הבעלות לכל אחד מ-11 הדיירים (ובסה"כ 99/100 מן הזכויות), ו-1/100 מן הזכויות לשני הקבלנים (לכל אחד מהם 1/200 מן הזכויות). על זכויות כל הבעלים נרשמו שטר חכירת הגג ושטר חכירת המחסן "בתנאי [ה] שטר מקורי", כפי שפורטו לעיל.

9. ביום 8.7.2015 התקשרו יורשי ארנשטיין עם ערן קסירר, הוא המערער (להלן: קסירר), בעסקת מכר מקרקעין במסגרתה רכש קסירר את כל זכויותיהם של יורשי ארנשטיין במקרקעין, בתמורה לסכום של 500,000 ₪. עו"ד מוזר הוא שחיבר בין קסירר,

חברו משנים, לבין יורשי ארנשטיין, וייצג את שני הצדדים לעסקה. בעקבות עסקה זו, פנה קסירר לדיירים ודרש מהם לשתף עמו פעולה לשם רישום הסכם השיתוף, זאת על מנת להסדיר את רישום זכויותיו במרתף ובגג הבניין. כלל הדיירים, להוציא מאור, סירבו לעשות כן.

10. על רקע זה, הגיש קסירר בשנת 2016 את התובענה מושא הערעור נגד הדיירים, כאשר מאוחר יותר צורפו כמשיבים גם עו"ד מוזר ויורשי ארנשטיין. קסירר עתר בכתב תביעתו לסעד של מינוי כונס נכסים על זכויות הדיירים, לשם רישום הסכם השיתוף במרשם המקרקעין; ולחלופין עתר למתן צו עשה שיורה לדיירים לקיים את הוראות ההסכם ולפעול לרישומם. הדיירים טענו מנגד כי קסירר מבקש לרשום הסכם שיתוף שהוא אינו צד לו; כי הזכויות במרתף ובגג אינן שייכות לקבלנים וכי שטחים אלה מהווים רכוש משותף; וכי הדיירים, רובם קשישים, הולכו שולל וחתמו על הסכם השיתוף כתוצאה ממצגי שווא, תרמית והטעיה מצד עו"ד מוזר.

עיקר קביעותיו של בית המשפט המחוזי

11. ביום 1.6.2020 ניתן פסק דין חלקי בתביעה, במסגרתו מצא בית המשפט המחוזי (השופט ג' גונטובניק) לקבל את התביעה בכל המתייחס לגג הבניין, ולדחותה בכל המתייחס למרתף. לנוכח מסקנתו זו, קבע כי בטרם יינתן סעד אופרטיבי, יש לאפשר לקסירר להחליט האם ברצונו להמשיך במימוש העסקה בה התקשר עם יורשי ארנשטיין – וניתנה לו שהות להגיש הודעה בעניין. בשלב זה, ובעקבות הודעה שהגישו הדיירים, התגלה כי בפסק הדין החלקי נפלה טעות עובדתית, עת נקבע בו כי במועד התקיימות התנאי המפסיק בשטר חכירת הגג, היו הקבלנים בעלי המניות בחברת קרפס. לאמיתו של דבר, במועד זה החזיקו הדיירים ב-94% ממניות החברה, בעוד שהקבלנים החזיקו ב-6% מן המניות בלבד. משנתגלתה הטעות, ולאחר שניתנה לצדדים אפשרות לטעון לנפקותה, נתן בית המשפט המחוזי פסק דין משלים ביום 2.10.2020, בו הפך את הכרעתו ודחה את התביעה גם בהתייחס לגג.

אלה הן, בתמצית, קביעותיו הסופיות של בית המשפט המחוזי:

12. לגבי הגג – נקבע כי קיימת "מורכבות קניינית" בכל הנוגע לזכויות בגג. צוין כי מחד גיסא, שטר חכירת הגג בוטל עם התקיימותו של התנאי המפסיק בשנת 1962, וזכויות הקבלנים בגג היו אמורות לחזור לחברת קרפס, שבעלי מניותיה היו ברובם המכריע

הדיירים דאז. מאידך גיסא, מאז פקיעת שטר חכירת הגג בעלי המניות ומנהלי חברת קרפס לא עשו דבר, והקבלנים נותרו רשומים כבעלי מניות וכבעלי זכות חכירה. נקבע כי לנוכח המורכבות הקניינית האמורה, ובפרט עת מדובר בגריעת זכויות בשטחים המהווים לכאורה רכוש משותף, מוטלת היתה על עו"ד מוזר חובה מוגברת לגלותה לדיירים, שרבים מהם לא היו מיוצגים במסגרת הליכי המשא ומתן שקדמו לכריתת הסכם השיתוף. חובה זו לא מולאה, מקום שהסכם השיתוף העביר מסר כי הוא מסדיר את זכויות החזקה והשימוש בבניין בהתאם למצב הזכויות הקיים, מבלי שהובהר כי ייתכן שההסכם גורע מזכויותיהם. משלא מולאה חובת הגילוי של עו"ד מוזר בהקשר זה, נקבע כי אין לחייב את הדיירים בויתור על זכויות החזקה והשימוש בגג, ואין לאכוף עליהם את הסכם השיתוף.

13. לגבי המרתף – נקבע כי ככל הנראה קיים מקלט בקומת המרתף (סוגיה שלא התבררה עד תום), ומכל מקום על פי היתר הבניה אמור היה להיבנות בה מקלט. עוד נקבע כי לפי הדין ששרר במועד בניית הבניין חלה על הקבלנים חובה לבנות מקלט, וככל שזו לא מולאה, הם לא היו רשאים להחכיר לעצמם את השטח המיועד לו. עוד צוין כי שטר חכירת המחסן הקנה לקבלנים זכויות רק בחלק מקומת המרתף, בעוד שהסכם השיתוף מקנה לקבלנים זכויות בקומת המרתף במלואה. בהמשך לכך נקבע גם בעניין זה, כי על עו"ד מוזר, כמי שייצג את אחת הדיירות ופעל מול דיירים שרובם אינם מיוצגים, חלה בנסיבות העניין חובת גילוי מוגברת כלפי הדיירים. נקבע כי עו"ד מוזר לא הציג לדיירים את תמונת הזכויות במרתף לאשורה, ובכך הפר חובתו זו. משהופרה חובת הגילוי, נקבע כי אין להורות על אכיפתו של הסכם השיתוף גם בהתייחס למרתף.

14. מכאן הערעור שלפנינו. המערער, קסירר, מבקש לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, להורות על אכיפתו של הסכם השיתוף, ולהורות על מינויו של עו"ד מוזר – כמי שמכיר את מצבו המשפטי של הבניין – ככונס נכסים לשם רישום הסכם השיתוף במרשם המקרקעין.

דיון והכרעה

15. לעמדתי, דינו של הערעור להידחות על שני ראשיו, כך שהתוצאה אליה הגיע בית המשפט המחוזי – דחיית תביעתו של קסירר – תעמוד על כנה. לתוצאה זו אני מגיעה בדרך שונה במקצת מזו של בית המשפט המחוזי. כפי שיפורט להלן, דעתי היא כי הדיירים היו זכאים לבטל את הסכם השיתוף בשל פגם ברצון שנפל בכריתת ההסכם, שמקורו בהטעיה מצד עו"ד מוזר; כי יש לראות בדיירים כמי שביטלו את ההסכם, הן

בהתנהגותם והן בטענותיהם כפי שהועלו במסגרת ההליך המשפטי בבית המשפט המחוזי; כי זכויות קסירר כצד שלישי להסכם אינן גוברות על זכויות הדיירים להשבה; וכי בנסיבות אלה יש לדחות את תביעת קסירר לאכיפת הסכם השיתוף. אוסיף כי אין באמור לעיל כדי להכריע בזכויותיהם הקנייניות של הצדדים בגג ובמרתף, ופתוחה בפניהם הדרך לנקוט הליך לבירור זכויותיהם לאשורן.

הסכם שיתוף במקרקעין

16. על מנת למקד את הדיון, ובטרם אפנה לבחינת טענות הצדדים, אזכיר כי קסירר הגיש לבית המשפט המחוזי תביעה לאכיפת הסכם השיתוף על הדיירים. תביעתו, במתכונת בה הוגשה, היא תביעה חוזית "טהורה" שאינה תלויה במישרין בזכויותיהם הקנייניות של הצדדים להסכם. בהתאם, גם הגנתם של הדיירים היא הגנה חוזית. בעוד שקסירר טען כי הדיירים מפרים את התחייבותם על פי הסכם השיתוף לרישום ההסכם במרשם המקרקעין (סעיף 7 להסכם), טענו הדיירים כי חתמו על הסכם השיתוף עקב הטעייתם, במצגי שווא והפרת חובת גילוי מצדו של עו"ד מוזר, הטעיה שבעקבותיה ביטלו את ההסכם.

17. הסכם השיתוף נועד בעיקרו של דבר לייחד לכל אחד מבעלי הזכויות במקרקעין את זכות החזקה והשימוש בחלקי הבניין שממילא מצויים בחזקתם ובשימושם הייחודי. על פי מרשם הזכויות, זכויות הבעלים במקרקעין הן זכויות של בעלים במשותף (במושע), ולפיכך בעלותו של כל אחד מהם "מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם" (סעיף 27 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין)). עם זאת, כידוע, רשאים בעלים משותפים במקרקעין להסדיר ביניהם, במסגרת הסכם שיתוף, את אופן ניהול המקרקעין המשותפים ואת חלוקת זכויות השימוש והחזקה במקרקעין. הסכם כזה ניתן לרישום "ומשנרשם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר" (סעיף 29 לחוק המקרקעין). כפועל יוצא מאופי הזכות הרשומה, "נהוג לראות ברישום של הסכם השיתוף כמשכלל את ההסכמות בו לרמה של קניין" (ראו: ע"א 48/16 דהאן נ' שמחון, פסקה 33 (9.8.2017) (להלן: עניין דהאן); ע"א 269/74 בוקובזה נ' הממונה על המרשם, פ"ד כט(1) 243, 251-252 (1974) (להלן: עניין בוקובזה); מיגל דויטש קניין כרך א 559 (1997)). למותר לציין, כי רישומו של הסכם שיתוף הוא עניין שיש לעודדו, זאת על מנת למנוע תקלות משפטיות הנובעות מן הפער בין זכויות הבעלים המשותפים כפי שהן משתקפות מן המרשם, לבין זכויותיהם כפי שהוסדרו בהסכם השיתוף. רישומו של ההסכם מבטיח שכל המעיין במרשם, וכל הבא

מכוחו של אחד הבעלים המשותפים, ידע כיצד מתנהלים המקרקעין המשותפים ואת חלוקת הזכויות בין הבעלים השונים לאשורן.

18. ענייננו כתביעה לאכיפת הסכם שיתוף שלא נרשם במרשם המקרקעין. על הסכם שיתוף שלא נרשם, בדומה לכל חוזה אחר, חלים דיני החוזים הכלליים והוא מחייב רק את הצדדים לו. ההלכה הפסוקה הכירה בכך שבמקרים מסוימים, עשוי הסכם שיתוף שלא נרשם לחייב גם צד שלישי להסכם, ובפרט רוכש זכויות במקרקעין שידע על קיומו של הסכם השיתוף (עניין דהאן, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות ובפסקה 33 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). עם זאת, ככלל, הסכם שיתוף שלא נרשם – כמו בענייננו – הוא הסכם אישי, אובליגטורי, שכוחו יפה בין השותפים למקרקעין לבין עצמם (ראו עניין בוקובזה, בעמ' 249 ו-251).

19. הצדדים להסכם השיתוף שבענייננו הם הדיירים ויורשי ארנשטיין. קסירר לא היה צד להסכם השיתוף, ועל פניו עשויה לעלות השאלה מהו מקור זכותו לתבוע את אכיפת ההסכם על הדיירים אף שהוא לכאורה צד זר לחוזה. קסירר טען בכתב תביעתו, כי ברוכשו את זכויות יורשי ארנשטיין במקרקעין, הוא "נכנס בנעליהם" של יורשי ארנשטיין. הדיירים כפרו בתחילת הדרך בטענה זו, אולם בדיון שלפנינו לא עמדו עוד על טענתם זו. נקודת המוצא לדיון היא, אפוא, כי יורשי ארנשטיין המחזיקים בהסכם המכר את זכויותיהם האובליגטוריות לפי הסכם השיתוף לקסירר, באופן שזה האחרון נכנס לנעליהם, וקמה יריבות חוזית ישירה בין קסירר לדיירים (על תופעת 'הכניסה לנעליים' ועל המחאת זכויות אובליגטוריות בעסקת מכר מקרקעין ראו: מיגל דויטש דיני המחאת חיובים 27, 62-65 (2018)). אציין כי המסקנה שהסכם השיתוף מזכה את קסירר מכוחה של המחאת הזכויות, עולה בקנה אחד עם העובדה שזה עשוי לחייבו כמי שרכש זכויות במקרקעין בעת שידע על קיומו של הסכם השיתוף.

20. בטרם אפנה לניתוח המשפטי אבהיר, כי כפועל יוצא של מתכונת תביעתו של קסירר כתביעה חוזית, שלא נתבקש בה בירור קנייני של זכויות הצדדים, בית המשפט המחוזי לא הכריע במחלוקות הקנייניות שבין הצדדים. בדומה, אף אני איני מתכוונת להידרש למחלוקות האמורות, אלא כדי הנדרש לבחינת טענות הדיירים להטעיה.

21. סדר הדיון יהיה אפוא כדלקמן: נפתח בהצגת המורכבות הקניינית הקיימת בכל הנוגע לזכויות בגג ובמרתף הבניין. לאחר מכן, נראה כי מורכבות זו לא שוקפה לדיירים על-ידי עו"ד מוזר, לא בהסכם השיתוף ולא במהלך המשא ומתן שקדם לכריתתו, וכי אי-

הגילוי האמור עולה בנסיבות העניין כדי הטעיה. בהמשך לכך, נבהיר כי הדיירים הפעילו, בהתנהגותם, את זכותם לביטול ההסכם בגין הטעיה זו. לבסוף, נתייחס גם לטענת קסירר לפיה רכש את הזכויות בגג ובמרתף בתום לב ובתמורה ולפיכך זכותו גוברת על זכות הדיירים להשבה.

המורכבות הקניינית – הזכויות בגג ובמרתף הבניין

22. בפתח הדברים, וכנקודת מוצא לדיון שלהלן, אבהיר כי אין למעשה חולק כי הסכם השיתוף נועד לשקף את הזכויות הקנייניות של הבעלים המשותפים בבניין, ולא לבצע העברה או שינוי מן הזכויות. כך צוין במפורש במבוא להסכם השיתוף, בהואיל השלישי, בו נקבע כי חלוקת הזכויות לפי ההסכם תהא "בהתאם לזכויות הקיימות של הצדדים בבניין". איש אינו חולק על עובדה זו, ועו"ד מוזר אישרה כבר בכתב הגנתו בו ציין כי "לא שינה במאומה מאשר היה קיים" לבד מ"שדרוג" זכויות הדיירים מזכויות חכירה לדורות לזכויות בעלות. כך אישר גם בעדותו (פרוטוקול הדיון מיום 30.12.2018, עמ' 235 ש' 12-13 (להלן: פרוטוקול 30.12)). המסקנה המתבקשת מכך היא, כי ייחוד הזכויות בגג ובמרתף לקבלנים, בהסכם השיתוף, מתבסס על ההנחה לפיה הזכויות הקנייניות בגג ובמרתף הבניין שייכות לקבלנים לפי המצב המשפטי שהיה קיים עובר לחתימת הסכם השיתוף, וייחודן לקבלנים אינו פרי הסכמה להעברת זכויות חדשות שלא היו בבעלותם קודם לכן. אלא שכפי שנדגים להלן, ההנחה האמורה, אם לנקוט לשון זהירה, אינה מובנת מאליה. התשובה לשאלה האם יש לקבלנים זכויות קנייניות בגג ובמלוא שטח המרתף, אינה ברורה, ולכל הפחות מדובר בסוגיה הטעונה בירור משפטי.

23. תמונת הזכויות במקרקעין, נכון למועד בו קיבל עו"ד מוזר לטיפול את הסדרת הזכויות במקרקעין, היתה התמונה הבאה: הבעלים הרשומים של המקרקעין היתה חברת קרפס, ואילו הדיירים היו רשומים כבעלי זכות חכירה לדורות. שטר חכירת הגג ושטר חכירת המחסן היו רשומים אף הם. אשר למניות החברה, אלה הוחזקו בידי שלושה דיירים (לכל אחד מהם כ-333 מניות) ואילו לקבלנים לא היתה כל מניה.

24. שטר חכירת הגג שנחתם בין חברת קרפס לקבלנים ביום 10.1.1952, כלל כאמור, בסעיף 7 לשטר, תנאי מפסיק בזה הלשון:

"באופן מפורש מוסכם בזה כי שטר חכירה זה יהיה בטל ומבוטל מאליו במקרה והחוכרים לא יקימו דירה או דירות על השטח הנ"ל תוך עשר שנים מתאריך שטר זה. עם בטול שטר חכירה זה כנ"ל לא תחול על המחכיר שום

חובה ל[ה]חזיר לחוכרים דמי החכירה ששולמו על-ידם
למפרע כי החוכרים מותרים וזה באופן מפורש על סכומים
אלה למפרע".

אין חולק כי עד למועד התקיימות התנאי המפסיק, ביום 10.1.1962, לא הקימו הקבלנים או מי מטעמם כל דירה בשטח הגג, ואף לא בשנים שלאחר מכן. לפיכך, על פני הדברים, ולאור לשונו המפורשת של שטר החכירה, זה בטל מן העולם ("בטל ומבוטל מאליו") והזכויות בגג חזרו לבעליהן, היא חברת קרפס (והשוו: ע"א 1628/13 חברת חלקה 184 גוש 6217 בע"מ נ' לוי, פסקה 34 (19.8.2014)).

25. ככל שהזכויות בגג אכן חזרו לחברת קרפס עם התקיימותו של התנאי המפסיק, ומשזו נמחקה מן המרשם, עולה השאלה למי הבעלות הקניינית בזכויות אלה: האם לבעלי המניות בחברה, ואם כן, נכון לאיזה מועד יש לבחון את זהותם ואת חלקם בזכויות? בהקשר זה, דומה כי קיימות מספר נקודות זמן רלוונטיות: נקודת זמן אחת, היא מועד התקיימות התנאי המפסיק, אז הוחזקו מניות החברה ברובן על-ידי דיירים דאז, באופן ש-940 מתוך 1000 מניות החברה הוחזקו בידם (94%), ואילו יתר 60 המניות, המהוות 6% מהחברה, הוחזקו על-ידי הקבלנים (59 מניות בהחזקת ארנשטיין ומניה נוספת בהחזקת וקסמן). נקודת זמן נוספת שעשויה להיות רלוונטית, היא מועד החייאת חברת קרפס, שאז, כפי שנלמד מנסח רשות התאגידים ואף ממכתבו של עו"ד מוזר לדיירים מיום 11.10.2010, בעלי מניותיה הרשומים של החברה היו שלושה דיירים בלבד, כאשר לקבלנים לא היה כל חלק במניות החברה. נקודת זמן שלישית היא לאחר החייאת החברה, כאשר הקבלנים נרשמו על-ידי עו"ד מוזר כבעלים של 10 מניות מתוך 1,000 מניות (5 מניות כל אחד), המהוות 1% ממניות החברה. לעניין נקודת הזמן השלישית אעיר, כי עו"ד מוזר העיד כי רישום הקבלנים כבעלי מניות בחברה לאחר החייאתה, נעשה לצורך התאמת זהות בעלי המניות לזכויות הקנייניות במקרקעין (פרוטוקול 30.12, בעמ' 238). עם זאת, לא פורט מהו הבסיס למספר המניות המסוים שהוקצה לקבלנים.

26. אוסיף ואציין כי ככל שהזכויות בגג ובמרתף אמנם נגזרות משיעור המניות המוחזקות בידי בעלי המניות השונים, ואיני נדרשת להכריע בכך לצורך הדיון שלפנינו, דומה כי אף אחת מן האפשרויות שהוזכרו לעיל, הנעות בין העדר מניות לקבלנים לבין החזקה ב-6% ממניות החברה, אינה מתיישבת עם הקניית הזכויות בגג ובמרתף לקבלנים באופן בלעדי.

27. ואכן, עמדתו המשפטית של עו"ד מוזר, כפי שהיתה בעת עריכת הסכם השיתוף וכפי שהיא כיום, אינה נסמכת על בעלות הקבלנים במניות החברה אלא על שטרי החכירה. כך לעמדתו, זכויות החכירה בגג נותרו בידי הקבלנים מכוח שטר חכירת הגג. עו"ד מוזר לא פירט בכתב הגנתו או בתצהירו את התשתית העובדתית והמשפטית המונחת בבסיס מסקנתו המשפטית האמורה, אולם בחקירתו הנגדית בבית המשפט המחוזי עיגן אותה באי-מחיקת שטר חכירת הגג מן המרשם. להשקפתו, עם הגיע מועד התנאי המפסיק, היה על בעלי הזכויות בבניין לנקוט פעולה למחיקת הרישום, וככל שלא עשו כן, יש למחדלם השלכות משפטיות (ראו: פרוטוקול 30.12, בעמ' 254). כפי שאפרט בהמשך, העובדות הדרושות לעניין, כמו גם המסקנות המשפטיות האפשריות הנגזרות מהן ועמדתו המשפטית המנומקת של עו"ד מוזר, לא הובאו לפני הדיירים בטרם חתימתם על הסכם השיתוף.

28. גם באשר לזכויות במרתף הבניין הדברים אינם פשוטים. אמנם שטר חכירת המחסן עומד בתוקפו, אולם לטענת הדיירים המרתף משמש כמקלט לדיירי הבניין, ולפיכך לא ניתן לגרוע אותו מן הרכוש המשותף. בית המשפט המחוזי נדרש בפסק דינו החלקי לטענה זו, והצביע על המורכבות הכרוכה בייחוד הזכויות בשטח המהווה מקלט, ולחילופין נועד על פי היתר הבניה למקלט (והשוו: סעיף 55(ג) לחוק המקרקעין, האוסר על הצמדת מקלט לדירה פלונית). קושי נוסף עולה מן הפער הקיים בין היקף הזכויות שהוענקו לקבלנים בשטר חכירת המחסן לבין אלה שיוחדו להם בהסכם השיתוף. כפי שפורט לעיל, שטר חכירת המחסן והתרשים המצורף לו, מתייחסים ל"מחסן בקומת המרתף" המשתרע רק על חלק מקומת המרתף ולא על קומת המרתף כולה. אף על פי כן, בהסכם השיתוף יוחדו הזכויות בכל שטח המרתף לקבלנים – בלא שניתן כל הסבר לכך.

29. אדגיש שוב, למען הזהירות, כי כל האמור עד כה לא בא לטעת מסמרות בסוגיות הקנייניות בכל הקשור לזכויות בגג ובמרתף, אלא אך נועד להבהיר כי אלה מעוררות שאלות מורכבות שההכרעה בהן אינה ברורה. כפי שיפורט להלן, עו"ד מוזר הכריע למעשה בשאלות אלה שעה שקבע בהסכם השיתוף כי הזכויות בגג ובמרתף ייוחדו לקבלנים, זאת מבלי שגילה לדיירים כי קיימות סוגיות קנייניות בעלות משקל הנוגעות לזכויות אלה, וכי ייתכן שאופן הכרעתו בהן בהסכם השיתוף גורע מזכויותיהם.

הטעיית הדיירים

30. הדיירים טוענים כי הוטעו על-ידי עו"ד מוזר הן במצגי שווא והן באי-גילוי. למעשה, אין חולק כי עובר לחתימה על הסכם השיתוף, נמסר לדיירים, מטעמו של עו"ד מוזר, כי גג הבניין הוא חלק מהרכוש המשותף ואין בו זכויות לקבלנים. כך, ביום 12.5.2010, שלח מר זיו רפפורט, מתמחה ממשרדו של עו"ד מוזר אשר סייע לו בטיפול בהסדרת הזכויות בבניין (להלן: רפפורט), מכתב לכלל הדיירים ובו ציין:

"כפי שכבר עדכנתי חלק מכם בעבר – הזכויות בגג שהיו שייכות בעבר לקבלן, עברו לרכוש המשותף. ברגע שנוכל להתחיל לעבוד אנו נדאג גם לרישום הגג כרכוש משותף".

מן הנוסח האמור עולה, כי מכתב זה לא היה הפעם הראשונה בה עדכן רפפורט את הדיירים כי הזכויות בגג עברו לבעלותם המשותפת. גם בהמשך, במכתב ששלח לאחת הדיירות ביום 9.8.2010, ציין רפפורט:

"לגבי שאלת הגג – הגג אמור להיות חלק מהרכוש המשותף למרות שלכאורה כרגע הוא רשום בטאבו על שם ארנשטיין ווקסמן. נכון להיום הדבר היחידי ששייך להם (הם היו הקבלנים של הבניין) זה חדר/מחסן במקלט. בין השאר נטפל גם בעניין זה".

כפי שניתן להתרשם, בשלב זה עמדתו המשפטית של עו"ד מוזר היתה, שהזכויות בגג אינן עוד של הקבלנים ואלה הפכו להיות חלק מן הרכוש המשותף. עוד ניתן להתרשם שעו"ד מוזר היה ער לכך ששטר חכירת המחסן מתייחס לחדר במרתף, ולא למלוא שטח המרתף. ואמנם, רפפורט העיד כי באותה עת סבר שלקבלנים אין זכויות בגג, וזאת בשל התנאי המפסיק שנכלל בשטר חכירת הגג (פרוטוקול 30.12, בעמ' 223-224). עוד העיד כי בשלב מסוים, בסמוך למועד שבו הכין המודד את התשריט שצורף להסכם השיתוף, השתנתה עמדתם של עו"ד מוזר ושל, והם סברו שאין בכוחו של התנאי המפסיק להעביר זכויות רשומות של הקבלנים מבלי שננקטה פעולה נוספת על-ידי הדיירים. המקור לשינוי זה בעמדתם, כך לדברי רפפורט, נעוץ בדברים שנאמרו להם על-ידי המודד, וגם בכך שבאותה עת איתרו את יורשי ארנשטיין – עניינים שהשפיעו עליהם, כך לדבריו, לא רק במישור המשפטי אלא גם במישור "פסיכולוגי" (שם, בעמ' 224 ובעמ' 227-228).

31. על אף השינוי שחל בעמדתו, לא ראה עו"ד מוזר לעדכן את כלל הדיירים, בכתב, כי חל שינוי במסקנתו המשפטית כפי שהוצגה להם במכתבים קודמים שנשלחו להם מטעמו, עת נמסר להם כי הזכויות בגג שייכות להם ולא לקבלנים. עו"ד מוזר טען בתצהירו כי עובר לחתימה על הסכם השיתוף הובהר לדיירים בעל-פה – הן על-ידו והן

על-ידי רפפורט – כי עמדתו המשפטית היא שהזכויות בגג ובמרתף הבניין שייכות לקבלנים ולפיקח שטחים אלה ייוחדו להם בהסכם השיתוף. הדיירים שהעידו טענו אחרת. נטען גם כי שמות הקבלנים, שהם שהופיעו בהסכם השיתוף, לא היו מוכרים לדיירים, ויש מי שסברו שמדובר בדיירים בבניין. לעניין אחרון זה, ייתכן שתרמה העובדה כי בתשריט שצורף להסכם השיתוף, תוארו הגג והמרתף כ"דירות". מכל מקום, אין לי צורך לקבוע כי הדיירים הוטעו באופן פוזיטיבי לחשוב שהזכויות בגג יישמרו להם, ודי לי בקביעתו של בית המשפט המחוזי – כי עו"ד מוזר לא ציין לפני הדיירים כי יתכן שהסכם השיתוף גורע מזכויותיהם, וכי לא נעשה בעניין זה גילוי חד וברור (פסקה 36 לפסק הדין המשלים). נקבע כי בנסיבות העניין, היתה מוטלת על עו"ד מוזר חובה לגלות לדיירים, במסגרת הליכי המשא ומתן שקדמו לכריתת הסכם השיתוף, את המורכבות הקניינית הקיימת בנוגע לזכויות בגג ובמרתף ואת האפשרות שההסכם גורע מזכויותיהם. זאת, על מנת שהדיירים, שרבים מהם לא היו מיוצגים, יוכלו לגבש את עמדתם באופן מושכל. מסקנה זו מקובלת עליי. לטעמי, אי-גילוי עובדות אלה, כפי שיפורט להלן, הוא בבחינת הטעיה כמשמעותה בסיפה סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).

32. סעיף 15 לחוק החוזים קובע כדלהלן:

"מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה, 'הטעיה' – לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן".

הוראה זו מעניקה ברירת ביטול למי שהתקשר בחוזה עקב הטעיה שהטעה אותו הצד השני או מי מטעמו. הטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין מצב הדברים העובדתי כפי שהמתקשר מדמה אותו לבין מצב הדברים לאשורו, ואחת היא אם מדובר במציאות עובדתית או במציאות משפטית (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 162 (מהדורה שנייה, 2020) (להלן: פרידמן וכהן)). הטעיה כזו עשויה להיווצר בין אם בעקבות הצהרה טרום-חוזית כוזבת, ובין אם במחדל לגלות עובדות שחובה לגלותן לפני ההתקשרות בחוזה (ע"א 5858/19 פטגות קופות גמל ופנסיה בע"מ נ' אופיר, פסקה 40 (5.7.2022) (להלן: עניין פטגות)). הטעיה במחדל נוצרת כאשר למתקשר יש חובת גילוי לפי הדין, לפי הנוהג או לפי הנסיבות, והוא נמנע מלגלות לצד השני נתונים הידועים לו העשויים להשפיע על הצד השני בהחלטתו אם להתקשר בחוזה.

33. בענייננו, לא יכול להיות חולק כי הדיירים התקשרו בהסכם השיתוף מתוך הנחה כי זה אינו גורע מזכויותיהם הקנייניות. הנחה זו עמדה בבסיס הסכמתם למסירת הטיפול בהסדרת הזכויות במקרקעין לעו"ד מוזר כאשר זה ביקש לקדם את ענייניה של הדיירת מאור, והם רשאים היו להניח שכך ייעשה. הדברים מצאו ביטוי מפורש בהסכם השיתוף בו צוין במבוא להסכם כי הצדדים מבקשים לפרק את השיתוף בזכויות הבעלות בבניין באמצעות חלוקה בעין של הזכויות "כל זאת בהתאם לזכויות הקיימות של הצדדים בבניין". כלומר, יסוד מוסד להסכם הוא, כי זה אמור לשקף את זכויותיהם הקיימות של בעלי הזכויות במקרקעין.

34. כפי שתואר, הוצגו לדיירים מצגים אקטיביים לפיהם גג הבניין מהווה חלק מהרכוש המשותף. מצגים אלה, שאין חולק כי הוצגו לדיירים, מחייבים את עושה המצג, ככל שחל שינוי בעמדתו המשפטית, לגלות לכלל הדיירים בצורה ברורה ומפורשת על השינוי, שאם לא כן יהווה הדבר, כשלעצמו, הטעיה (וראו: ע"א 44/66 לקי דרייב בע"מ נ' הרץ אמריקן אקספרס, פ"ד כא(1) 576, 584 (1967); פרידמן וכהן, בעמ' 171-172 ו-236). אולם גם בהתעלם ממצגים אלה, לא הובאה לידיעת הדיירים המורכבות הקניינית באשר לזכויות בגג ובמרתף, כפי שפורטה לעיל, אשר ההכרעה המשפטית בה אינה מובנת מאליה. מדובר בזכויות במקרקעין בלב תל-אביב שערכן הכלכלי רב, ולו ידעו הדיירים כי בעצם חתימתם על הסכם השיתוף, ייתכן שהם מעבירים מזכויותיהם לקבלנים הזרים להם, ברי כי לא היו מתקשרים בהסכם. עו"ד מוזר, שאחז במידע האמור, בהכירו את שטרי החכירה ואת כלל העובדות הרלוונטיות לעניין, לא גילה זאת לדיירים. בנסיבות המקרה, יש לראות אי-גילוי זה כבא מטעמו של "הצד השני" להסכם – בין אם תהיה זו מאור, אותה ייצג עו"ד מוזר ומטעמה פעל להסדרת הזכויות, ובין אם יהיו אלה יורשי ארנשטיין. יוזכר כי עסקינן בעריכה של הסכם שיתוף, על מאפייניו הייחודיים, הסכם שבמסגרתו "מסכימים הבעלים זה עם זה, ומתחייבים זה כלפי זה, שעל-אף כל זכויותיהם הקנייניות הקבועות בחוק ינהגו במקרקעין בדרך המוסכמת ביניהם [...]" (עניין בוקובזה, עמ' 249; וראו בין היתר: סעיפים 2, 4 ו-7. ב להסכם השיתוף). בפעולותיו הספציפיות לייחוד הזכויות בגג ובמרתף לקבלנים במסגרת ההסכם, פעל עו"ד מוזר, הלכה למעשה, בשם יורשי ארנשטיין ולמען קידום האינטרסים שלהם, ולא בשמם של הדיירים (ולעניין מחויבותו של עו"ד מוזר להגן על זכויותיהם של יורשי ארנשטיין, כך לפי עמדתו, ראו למשל: פרוטוקול 30.12, בעמ' 247). בנסיבות אלה, העובדה כי עו"ד מוזר פעל גם להסדרת זכויות הדיירים בהסכם השיתוף, אינה משנה מן המסקנה שהדיירים הוטעו על-ידו, עת פעל כאמור לקידום עניינם של יורשי ארנשטיין (וראו: פרידמן וכהן, בעמ' 238; ע"א 544/78 בניני מ.י. גינדי הנדסה ופיתוח בע"מ נ' אפללו, פ"ד לג(2) 9, חוות דעתו של

השופט ד' בכור (1979), ואת הביקורת בהקשר זה בספרם של פרידמן וכהן, שם).

35. על עו"ד מוזר היתה מוטלת אפוא חובה לגלות לדיירים על המורכבות הקניינית הנוגעת לזכויות בגג ובמרתף. חובה זו נובעת ממספר מקורות: ראשית, כעורך-דין שנטל על עצמו להסדיר את זכויות הדיירים במקרקעין בהתאם לזכויותיהם הקיימות, היתה מוטלת על עו"ד מוזר חובת נאמנות מכוח סעיף 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, ובכלל זאת חובת גילוי לפי סעיף 8(1) הקובע כי השלוח "יגלה לשולח כל ידיעה וימסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות" (ראו: ע"א 5328/21 אבו רקיה נ' חנדקלו, פסקאות 71-75 (3.1.2023) (להלן: עניין אבו רקיה); כן ראו לעניין חובתו של עורך-דין כשהוא מייצג את שני הצדדים לעסקה: ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385, פסקאות 10-11 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2004)). ברי כי המידע בנוגע למצב הזכויות הקנייניות בגג ובמרתף, נוגע ללב שליחותו של עו"ד מוזר, היא הסדרת זכויות הדיירים בבניין – ועל כן חלה עליו חובה לגלותו לדיירים. עו"ד מוזר ידע כי מסקנותיו בעניין זכויות הקבלנים במקרקעין הן פרי הערכה משפטית שאינה נטולת קשיים, והדבר עולה היטב מן השינוי בעמדתו כפי שתואר לעיל. גם אם עמדתו המשפטית המעודכנת של עו"ד מוזר היתה כי הזכויות בגג ובמרתף שייכות לקבלנים (אף שמסקנה זו קשה בהתייחס לחלק המרתף שמעולם לא הוחכר לקבלנים), בנסיבות עניינו, כאשר הוא פועל להסדרת זכויותיהם של שותפים בעלי אינטרסים מנוגדים, מחובתו היה לשתף את הדיירים בממצאיו, ולהציג לפנייהם את הנתונים ואת המסקנות המשפטיות האפשריות העולות מהם, על מנת שיוכלו לקבל החלטה מושכלת אם להתקשר בהסכם השיתוף. מכל מקום, הוא לא היה רשאי להכריע בזכויותיהם מבלי לשאול את פיהם ולקבל את הסכמתם המפורשת.

36. בנסיבות העניין חלה חובת גילוי גם "לפי הנסיבות" כאמור בסעיף 15 לחוק החוזים, וכן חובת גילוי "לפי הדין" מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, המעגן את חובת תום הלב הכללית החלה על כל מי שנוטל חלק במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה:

"חובת תום הלב כוללת חובה לגלות לצד השני לפני כריתת החוזה 'עובדות חשובות ורלוונטיות' ואפילו עובדות שהצד השני יכול היה לגלותן בכוחות עצמו, כאשר גילוי זה מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה' (גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 393 (מהדורה רביעית, 2019) [...]). בהקשר זה נפסק, כי על בית המשפט לבחון, בין היתר, את נגישותם של הצדדים למידע הרלוונטי העומד על הפרק, ואת חשיבותו של המידע. כך, ככל שלצד אחד גישה עדיפה למידע, וככל שהמידע מתייחס לעניין הגורע באופן ניכר מן הציפיות

הסבירות של הצד שכנגד מן העסקה – תגבר הנטייה להטיל חובת גילוי על אותו צד [...] (עניין מבני גזית, בפסקאות 14-15) "ע"א 2274/21 מור נ' אלעד ישראל מגורים בע"מ, פסקה 7 לפסק דיני (1.1.2023).

בענייננו, לעו"ד מוזר, שנשכר לטפל בהסדרת הזכויות בבניין ומונה גם כמפרק חברת קרפס, היה יתרון משמעותי בכל הנוגע לגישה למידע לגבי מצב הזכויות במקרקעין. זאת בהשוואה לדיירים, שרבים מהם לא נועצו בעורך-דין, לא ניהלו משא ומתן לפני כריתתו, ושמו מבטחם בעו"ד מוזר שישמור כי לא תהא פגיעה בזכויותיהם. כפי שציין בית המשפט המחוזי, מדובר במידע מהותי, שעניינו בהוצאה אפשרית של רכוש משותף מרשות הדיירים, המצדיק הטלת חובת גילוי. אמנם, הסכם השיתוף לא הקנה לקבלנים זכויות בעלות בגג, כי אם זכות בלעדית להחזקה ושימוש; ואולם, הסכם זה הוא בגדר תחנה בדרך להסדרת רישום זכויות בעלות בהמשך, ומכאן נובעת, בין היתר, חשיבותו הרבה (ראו סעיף 5(ג) להסכם השיתוף. כן ראו: ע"א 2469/06 טויסה נ' חברת זאגא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ, פסקה 11 (14.8.2008); רע"א 9019/99 קינסטלינגר נ' אליה, פ"ד נה(3) 546, 542 (2001); ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ, פסקה 14 (6.6.2011)).

37. אוסיף כי לאור תכלית עילת ההטעיה בהגנה על רצונו החופשי של המתקשר, ברירת הביטול הנתונה לצד שהוטעה אינה מוגבלת רק להטעיה שיש עמה אשם:

"בהיות המונחים 'הטעיה' ו'אי גילוי' מונחים ניטרליים-אובייקטיביים, אין הם קובעים או תובעים מצב דעת מיוחד כתנאי להיווצרותם. יכול אדם להיחשב כמטעה, לא רק אם הוא מטעה או לא מגלה ביודעין ובמתכוון, אלא גם אם הוא מטעה או לא מגלה ברשלנות, ואפילו מתוך תום לב. הטעיה עשויה אפוא להתקיים ללא דרישת אשם כלשהו, סובייקטיבי או אובייקטיבי, מצד המטעה" (גבראלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 397 (מהדורה רביעית, 2019). כן ראו: עניין פסגות, בפסקה 40; פרידמן וכהן, בעמ' 158-159, אם כי למורכבות העשויה להתלוות להטעיה בתום לב, ראו גם שם, בעמ' 182-186 ובעמ' 233-234).

סיכום הדברים הוא, שאי-הגילוי כאמור עולה בנסיבות העניין כדי הטעיה, ומקים לדיירים ברירה לביטולו של הסכם השיתוף.

ביטול החוזה

38. סעיף 20 לחוק החוזים קובע כי "ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול". סעיף 60 לחוק החוזים מוסיף וקובע כי "הודעה לפי חוק זה תינתן בדרך המקובלת בנסיבות הענין". החוק אינו קובע אפוא דרישות דווקניות לעניין נוסח או צורת ההודעה, וכפי שנפסק לא אחת, בעניין זה "נוטים בתי המשפט [...] להקל" (ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 369, 391 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); פרידמן וכהן, בעמ' 516-518).

39. בפסיקה ענפה נקבע כי אין חובה למתן הודעה מפורשת של הנפגע למפר, וכי ניתן לבטל חוזה גם בהתנהגות, ובתנאי שזו מלמדת בצורה חד-משמעית על רצונו של הצד הנפגע לבטל את החוזה, ושהתנהגות זו הובאה לידיעת הצד שכנגד בתוך זמן סביר. תכליתה של ההלכה, היא להגשים את מטרת ההודעה ביצירת ודאות וביטחון משפטי באשר למערך הזכויות והחובות של הצדדים, אך זאת, מבלי להיתפס לכללים נוקשים ופורמאליים אשר יחתרו תחת זכותו של הצד הנפגע לביטול החוזה. כך למשל, הכירה הפסיקה בביטול הנלמד מהגשת תביעה על-ידי הצד הנפגע, מהצהרות שניתנו מטעמו במהלך דיון משפטי או מפעולותיו להשבת התמורה החוזית (ראו: ע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב – אחים פרץ בע"מ נ' בוחבוט, פ"ד מז(1) 357, 366-367 (1993); עניין בנק המזרחי; ע"א 498/88 מירון נ' קידר, פ"ד מד(4) 250, 255 (1990); ע"א 557/75 אגיקי נ' כהן, פ"ד ל(2) 64, 72 (1976); ע"א 760/77 בן עמי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פד"א לג(3) 567, פסקה 7 (1979)).

40. בענייננו, טענו הדיירים כי ההטעיה נגלתה להם בעקבות פגישה מקרית של הדיירת אילנה ראב"ד (להלן: ראב"ד) עם אחד מיורשי ארנשטיין, שבה מסר לה האחרון, להפתעתה, כי מכר את גג הבניין. פגישה זו התקיימה בחודש מרץ 2016 או בסמוך לכך (ראו תצהיר ארנשטיין), ובעקבותיה פנתה ראב"ד, יחד עם שני דיירים נוספים, לעו"ד מוזר וביקשה את הבהרותיו. פגישה שנערכה במשרדו, במהלכה הביעו הדיירים את מחאתם על הקצאת הגג לקבלנים ומכירתו, נקטעה על-ידי עו"ד מוזר אשר ביקש מהם לעזוב. עו"ד מוזר אישר בעדותו את הדברים. כל אותה עת, סירבו הדיירים, להוציא הדיירת מאור, לבקשות שהופנו אליהם לנקוט צעדים לרישום הסכם השיתוף. התובענה מושא הערעור הוגשה בסמוך לאחר מכן, בחודש אוקטובר 2016, כאשר כבר בכתב התשובה המקורי שהגישו הדיירים בחודש ינואר 2017, פורטו טענותיהם ולפיהן חתמו על הסכם השיתוף כתוצאה מהטעיה. גם במסגרת הדיונים בהליך ציינו הדיירים במפורש כי ההסכם מבוטל. כך ציין בא-כוחם כי "כל הדיירים הביעו את עמדתם שהם חתמו על ההסכם מתוך הטעיה, מתוך מירמה וטעות, והם מבחינתם ביטלו את ההסכם" (פרוטוקול

מיום (7.3.2018).

41. לעמדת, התנהגות הדיירים מלמדת באופן ברור וחד-משמעי על רצונם לבטל את הסכם השיתוף, כאשר התנהגות זו אינה חורגת מבחינת מועדיה, בנסיבות העניין, מדרישת הזמן הסביר הנמנה ממועד גילוי ההטעיה. כפי שתואר, מיד עם גילוי ההטעיה – בפגישת ראב"ד ויורשו של ארנשטיין – פנו הדיירים לעו"ד מוזר ושטחו בפניו את טענותיהם להטעייתם. טענות אלה פורטו גם בתשובתם לתובענה שהוגשה זמן לא רב לאחר מכן, ואף הובהרו על-ידי בא-כוחם במהלך ההליך המשפטי כמפורט לעיל. בין לבין, כאמור, אף סרבו הדיירים לקיים את ההסכם ולהביא לרישומו, כך שלא ניתן ללמוד על כוונה מצדם למחול על זכות הביטול שעמדה להם בגין ההטעיה (ראו: ע"א 8/88 שאול רחמים בע"מ נ' אקספומדיה בע"מ, פ"ד מג (4) 95, 101-102 (1989)). היוצא מן האמור הוא, כי הסכם השיתוף בוטל כדין על-ידי הדיירים.

42. בהקשר זה אעיר, כי לא מצאתי ממש בטענה שהועלתה מצד יורשי ארנשטיין, ולפיה הדיירים נמנעו מביטול ההסכם מאחר שביקשו להמשיך ליהנות מפירותיו, בכל הנוגע ל"שדרוג" זכויותיהם מחוכרים לדורות לבעלים במשותף במקרקעין. הדיירים אכן נהנו משדרוג זכויות כאמור, אך זאת לא כתוצאה מחתימתם על הסכם השיתוף, אלא בשל פעולותיו של עו"ד מוזר להחייאת חברת קרפס, והעברת רישום הבעלות מהחברה לבעלי מניותיה. הסכם השיתוף, כשלעצמו, לא השיא להם כל תועלת, להוציא הכרה אובליגטורית בין הצדדים להסכם בזכויות השימוש והחזקה הייחודיות של כל דייר בדירתו – הכרה שהיתה קיימת עוד קודם לכן. מכל מקום, איש אינו טוען כי הדיירים נתנו הסכמתם לגריעת זכות מזכויותיהם בהסכם השיתוף כנגד "שדרוג" זכויותיהם.

43. משהגעתי למסקנה כי הסכם השיתוף בוטל כדין מחמת פגם שדבק בכריתתו, איני נדרשת לשאלה האם מתקיים במקרה דנן סייג לאכיפתו לפי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, בשל כך שאכיפת ההסכם תהא "בלתי צודקת בנסיבות העניין". עם זאת אעיר, כי סייג הצדק לא נועד לטפל במצבים בהם נפל פגם בכריתת החוזה, אלא עניינו בסוג התרופות שיש להעניק לנפגע בשל הפרת חוזה שעד להפרתו היה חוזה תקף שלא נפל פגם בכריתתו (וראו איל זמיר "טעות בכדאיות העסקה: שווי האובייקט, התרחשויות עתידיות, נטילת סיכון ורשלנות הטועה" דין ודברים י 57, 89 (2018)).

על השבה ועל רכישה בתום לב ובתמורה

44. משבוטל החוזה מחמת פגם ברצון, קמה לכל צד הזכות להשבת מה שנתן על פי החוזה (סעיף 21 לחוק החוזים), השבה שמשמעותה היא, הלכה למעשה, ביטולו של הסדר החלוקה וייחוד הזכויות במקרקעין. ואולם, בענייננו העבירו יורשי ארנשטיין את הזכויות שקיבלו בהסכם השיתוף, אשר כריתתו נגועה בפגם ברצון, לצד שלישי, הוא קסירר, עוד בטרם נגלתה ההטעיה ובטרם בוטל הסכם השיתוף. במצב דברים זה, טוען קסירר כי זכותו גוברת על זכות הדיירים להשבה. טענתו זו מעלה את שאלת היחס בין זכותו של נפגע מפגם בכריתת החוזה להשבת הזכויות שהועברו בגדרו, לבין זכותו של צד שלישי שרכש את הזכויות מן המתקשר האחר, ולמעשה את שאלת זכותם של הדיירים לעקיבה אחר הזכויות שהועברו לקסירר.

45. הגישה בפסיקה היא, כי במצב דברים זה עדיפה זכותו של הנפגע, הוא "הבעלים המקורי" של הזכויות, על פני זכותו של הצד השלישי, אלא אם זה האחרון רכש את הזכות בתמורה ובתום לב (ויש הנוקטים בגישה מחמירה יותר של עמידה בתנאי תקנת השוק. על הגישות השונות ראו: רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פימן בע"מ, פ"ד נג(1) 481, 494-500 (1999); לדיונים נוספים בסוגיית "העקיבה" אחר נכסים או זכויות מכוח חוזה שבוטל אשר הועברו לצד שלישי, ראו גם: ע"א 459/78 חברת בני פיפסקוביץ בע"מ נ' חברת אבני יצחק ושות' בע"מ, פ"ד לה(3) 169, 181-184 (1981); נילי כהן "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים" הפרקליט לה 215, 225-242 (התשמ"ג-התשמ"ד); ובעניין קצת שונה ראו: ע"א 666/88 מדינת ישראל נ' מונוגיל תעשיות מזון בע"מ, פ"ד מו(4) 1, 16 (1992)). גישה זו, הנוקטת היקש מסעיפים 9 לחוק המקרקעין וסעיף 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, שעניינם בעסקאות נוגדות – עולה בקנה אחד עם הגישה הנוהגת בכל הקשור לתחרות בין זכויות נוגדות והיא משרתת מדיניות משפטית ראויה, שלפיה אין מקום להעדיף את זכותו של צד שלישי שלא שילם תמורה בגין הנכס או הזכות, ובוודאי אם ידע כי הזכויות המוצעות לו נגועות בפגם. כלומר, רק רכישה בתמורה ובתום לב תיצור זכות מתחרה העשויה לשלול את זכותו של הבעלים המקורי (עניין אבו רקיה, בפסקה 101; פרידמן וכהן, בעמ' 688-691).

46. גם קסירר משתית את טענתו לעדיפות זכויותיו על פני זכויות הדיירים, על הטענה לרכישת הזכויות בתום לב ובתמורה. אלא שקסירר לא הניח תשתית עובדתית וראייתית לטענתו זו. בעניין זה מצביע קסירר על קביעת בית המשפט המחוזי בסעיף 45(ב) לפסק דינו החלקי ולפיה "מקובל עלי שלא עלה בידי הנתבעים להראות כי מר קסירר פעל בחוסר תום לב או כי לא שילם תמורה נאותה". ואולם, מעבר לעובדה שקביעה זו נקבעה בטרם התבררה טעותו העובדתית של בית המשפט, ברי כי על קסירר מוטל הנטל

להוכיח כי רכש את הזכויות בתום לב ובתמורה – ולא היפוכו של דבר. בנטל זה לא עמד.

47. באשר ליסוד התמורה, טען קסירר כי התמורה ששילם עבור הזכויות בגג ובמרתף, 500,000 ₪, היא בגדר תמורה ראויה מקום שסכום זה נקבע על-ידי שמאי שנשכר להערכת שווי הזכויות. ואולם, חוות הדעת השמאית לא הוצגה לפני בית המשפט המחוזי, וקסירר אף התנגד לבקשת הדיירים לזמן את השמאי לעדות ולהגשת חוות דעתו (קדם משפט מיום 3.10.2018). אשר ליסוד תום הלב, קסירר הובא לעסקת המכר על-ידי עו"ד מוזר, חברו, אשר הוסיף וייצג את שני הצדדים לעסקה. לדברי קסירר, עו"ד מוזר הוא שביצע עבורו את כל הבדיקות הדרושות לעסקת המכר. אין צורך לומר כי עו"ד מוזר, אשר פעל מטעם כל הצדדים בהסכם השיתוף, וייצג את שני הצדדים בעסקת המכר, הכיר את מצב המקרקעין ופרטי העסקאות לפני ולפנים. במצב דברים זה, דומה כי קיימת הצדקה לבחון את יסוד תום הלב על פי תום לבו של עורך-הדין שפעל כשלוחו של הקונה בעסקת המכר (ראו: עניין דהאן, בפסקאות 14 ו-49-50; כן ראו: ע"א 767/11 להיגי נ' עזורי, פ"ד סו(2) 853, 874-876 (2013)). אם נוסיף לכך את הסתירה הפנימית העולה מהסכם השיתוף, כאשר מחד זה קובע כי הזכויות יחולקו "בהתאם לזכויות הקיימות של הצדדים בבניין", ומאידך נחזה להעביר זכויות עודפות לקבלנים (כך לכל הפחות בעניין המרתף), וכן את העובדה שהזכויות בהן מדובר הן זכויות שלפי טיבן מהוות ככלל חלק מהרכוש המשותף – כל אלה מקשים על קבלת טענת קסירר להיותו תם לב. על רקע האמור, לא ניתן לקבוע כי קסירר רכש את הרכוש בתום לב ובתמורה, וממילא כאמור עניין זה לא הוכח על-ידו כנדרש.

סיכום הדברים

48. עו"ד מוזר נטל על עצמו להסדיר את רישום זכויותיהם של הדיירים במרשם, תוך שהתחייב בפניהם כי זכויותיהם במקרקעין לא ייפגעו. בפועל, החתים עו"ד מוזר את הדיירים על הסכם שיתוף אשר קיימת אפשרות בלתי מבוטלת שהוא גורע מזכויותיהם, מבלי שהדבר גולה להם. בנסיבות אלה, בוטל הסכם השיתוף כדין, ואין מקום להיעתר לסעדים לאכיפתו.

49. אוסיף כי מקובלת עליי מסקנת חברי השופט י' כשר (פסקה 54 לפסק דינו), כי פסק הדין החלקי, הוא אמנם פסק דין לעניין המרתף, אולם "החלטה אחרת" לעניין הגג, משטרם הושלם הדיון בסעד האופרטיבי הנובע מממצאי בית המשפט. לפיכך רשאי היה בית המשפט המחוזי לשוב ולהידרש למחלוקת ואף לשנות מהחלטתו. בבחינת מעבר

לדרוש, מקובלת עליי גם מסקנתו כי לנוכח הטעות העובדתית שנפלה בפסק הדין החלקי, ניתנה הסכמת הצדדים לתיקונו, ככל שנדרש.

50. ולסיום, אחזור ואדגיש כי אין בתוצאה אליה הגעתי כדי להכריע בזכויותיהם הקנייניות של הצדדים במקרקעין, ופתוחה בפניהם הדרך לבררן בהליך ייעודי לפני בית המשפט המוסמך.

51. סוף דבר: אם תישמע דעתי, נדחה את הערעור על כל חלקיו, וקסירר יישא בהוצאות הדיירים, המשיבים 1-11, בסך של 50,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

אני מסכים לחוות דעתה של חברתי השופטת ג' כנפי-שטייניץ.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור ברוב דעות בפסק-דינה של השופטת ג' כנפי-שטייניץ כנגד דעתו החולקת של השופט י' כשר.

ניתן היום, כ"ג בתמוז התשפ"ג (12.7.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

