

בית משפט השלום תל אביב-יפו א 150306/02
בפני: כב' השופטת רות רונן תאריך: 18.1.06

בעניין: 1. אלמוזלינו-אלמוג יעל
2. אלמוזלינו-אלמוג חיים
ע"י ב"כ עו"ד בנקל תובעים
נגד
הלטר רבקה
ע"י ב"כ עו"ד סביר נתבעת
נגד
עו"ד מנחם קונדה
ע"י ב"כ עו"ד אטיאס צד ג'
פסק דין

1. התובעים רכשו מהנתבעת נכס שהיה בבעלותה - בית בסביון (להלן: "הבית"), וזאת - על פי הסכם מיום 6.6.00 (להלן: "ההסכם").

בס' 2.1.1. להסכם, הצהירה הנתבעת כי "הבית הבנוי על המגרש לרבות בריכת השחייה נבנו כדין ולא נעשו חריגות או סטיות מהיתרי הבניה".

בס' 14 להסכם נקבע כי:
"הפר צד התחייבות יסודית כלשהי על פי הסכם זה, ישלם הצד המפר לצד האחר סכום בשקלים חדשים השווה ביום תשלומו ל-\$200,000 (מאתיים אלף דולר ארה"ב) וזאת כדמי נזק קבועים ומוערכים מראש, בלי צורך בהוכחת הנזק, ובלי לגרוע מיתר התרופות..
'התחייבות יסודית' כלעיל משמעה הצהרות המוכרת במבוא להסכם זה והוראות סעיפים 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9."

2. לאחר רכישת הבית, הסתבר לתובעים כי חרף הצהרות הנתבעת, היו בבית חריגות בנייה, וכי לאחר הרכישה, נרשמה ביום 17.5.01 הערת אזהרה במירשם המקרקעין על אי התאמה. כך, הסתבר לתובעים כי בריכת השחייה שבחצר הבית נבנתה ללא רישיון בניה. כמו כן, בהתאם לרשיון הבניה המקורי של הבית, הותר לבנות שטח של 170.17 מ"ר. בפועל, שטח של 183.84 מ"ר נוספים נבנו ללא היתר. ביחס לסככת חניה, הסתבר כי היא נבנתה בתחום שני מטר מקו בנין צדדי, ולכן הוצאת היתר עבורה הותנתה בהסכמת בעלי המגרש השכן (ר' ס' 16 לתצהיר עדותו הראשית של התובע).
יוער כי עובדות אלה אינן שנויות במחלוקת.

לכן, הגישו התובעים את התביעה הזאת, בה הם תובעים מהנתבעת את הפיצוי הקבוע והמוסכם מראש שנקבע בהסכם.

טענות התובעים
3. התובעים טוענים כי הם זכאים לפיצוי המוסכם, אף אם הנתבעת לא ידעה על חריגות הבנייה בבית. עוד הם טוענים, כי הוכח כי שיעור הפיצוי המוסכם הוא סביר בנסיבות העניין, ובית המשפט צריך להמנע מהפחתתו. התובעים טענו עוד, כי הנתבעת והצד השלישי - עו"ד קונדה (להלן: "עו"ד קונדה"), ידעו לכל המאוחר במועד מסירת החזקה בבית כי קיימות חריגות בנייה, ואף על פי כן הם לא גילו עניין זה לתובעים, וקיבלו במועד מסירת החזקה את יתרת התשלום (סך של \$1,100,000) במלואה מהתובעים.

לאחר שהתגלתה החריגה שבגינה נרשמה הערת אזהרה, הסכימו התובעים, לטענתם, לחתום על התוכנית לצורך הכשרת הבנייה החורגת, אלא שדרשו כתנאי לחתימתם שהנתבעת תחתום על התחייבות לשיפויים. לטענת התובעים, נוכח המצב שנוצר, דרישה זו היתה לגיטימית.

התובעים טוענים כי הנתבעת לא הוכיחה מה היתה העלות המשוערת של הכשרת החריגות, ואף לא מה היה פרק הזמן המשוער לצורך הכשרתן.

ביחס לטענת הנתבעת לפיה התובעים רכשו את הבית על מנת להרוס אותו, טוענים התובעים כי התובעים לא הציגו מצג כזה כלפי הנתבעת או כלפי עורך דינה, עו"ד קונדה. על כל פנים, התובעים ביקשו, לטענתם, לשמור לעצמם על כל האופציות לשימוש בבית.

התובעים טוענים כי העובדה שהם הצהירו בסעיף 2.2 להסכם, כי הם ראו את הנכס ובדקו את זכויות הנתבעת - אינה צריכה לשנות את התוצאה, שכן התובעים הצהירו את מה שהצהירו בכפוף לנכונות הצהרותיה של הנתבעת, המוכרת.

טענות הנתבעת

4. הנתבעת טוענת כי יש לדחות את התביעה. לטענתה, ההסכם, על פי פרשנותו ותכליתו האמיתיים, היה הסכם למכר מגרש, ולא למכר הבית הבנוי עליו. לכן, אין משמעות להצהרות הצדדים לגבי חוקיות הבנייה על המגרש. הצהרות הנתבעת לגבי חוקיות הבנייה, הכוללות בהסכם ביוזמתו של עו"ד כספי, ב"כ התובעים, כדרישה סטנדרטית שלו. הנתבעת לא הייתה מודעת, בעת החתימה על ההסכם, לכל חריגת בנייה שהיא, והיא סמכה בהקשר זה על עורכי הדין שערכו את ההסכם.

הנתבעת טוענת כי אין אמת בטענת התובעים לפיה הריסת הבית הייתה רק אחת האופציות שהם שקלו. לטענתה, זו הייתה האופציה היחידה לה התכוונו התובעים. לכן, הנתבעת טוענת כי התובעים הפרו את חובת תום הלב, וכתוצאה מכך יש לשלול מהם את זכותם לפיצוי.

5. הנתבעת טוענת כי ניתן היה להכשיר את חריגות הבנייה שכן הן לא היו משמעותיות, וזאת - תוך כשלושה חודשים. לטענתה, היא פעלה כדי להכשיר את החריגה, אלא שהתובעים, בניגוד לחובתם על פי ס' 6.5 להסכם, סרבו לחתום על תוכניות הבנייה, וזאת - תוך שימוש באמתלות שנועדו לאפשר להם לתבוע מהנתבעת את הפיצוי המוסכם מראש. גם זו אינדיקציה, לטענת הנתבעת, לחוסר תום ליבם של התובעים. לטענת הנתבעת, מחדלי התובעים ובא כוחם, בין היתר בכך שהם סרבו לחתום על תוכניות הבנייה לאישור החריגות, מהווים גם אשם תורם מכריע השולל את זכותם של התובעים לפיצוי. הנתבעת מוסיפה וטוענת, כי התובעים אינם יכולים להסתמך על הפיצוי המוסכם נוכח הנזק הלא משמעותי שהפרת ההסכם גרמה להם, ולחילופין - על בית המשפט להפחית את סכום הפיצוי באופן משמעותי.

6. הנתבעת טוענת כטענה חלופית, כי אם בית המשפט יחייב אותה לשלם סכום כלשהו לתובעים, יש לחייב את עו"ד קונדה לשפות אותה, משום שהוא התרשל בעריכת ההסכם, בניהול המו"מ, ובייעוץ שנתן לנתבעת לגבי החתימה על ההתחייבות לשיפוי.

טענות הצד השלישי

7. הצד השלישי טען בסיכומיו טענות שעיקרן מופנה כלפי תביעת התובע נגד הנתבעת, ומיעוטן מופנה כלפי הטענות שהעלתה הנתבעת כנגדו.

הצד השלישי טען כי הוכח שהתובעים רכשו את הבית על מנת להרוס אותו, ולכן לא ניתן היה לצפות לכל נזק שהוא כתוצאה מההפרה של הנתבעת את ההסכם. הנזק הצפוי לא היה בשיעור הפיצוי המוסכם, שכן הצהרת הנתבעת לגבי חוקיות הבנייה הוספה להסכם לאחר שנקבע בו הפיצוי המוסכם מראש. על כל פנים, לא היה צפוי להגרם לתובעים כל נזק, שכן חריגות הבנייה התיישנו.

לכן, התובעים נהגו בחוסר תום לב, הן כשעמדו על הפיצוי המוסכם מראש, והן כאשר דרשו שהנתבעת תחתום על התחייבות לשיפוי כתנאי לחתימתם על הבקשות להיתר.

ב"כ הצד השלישי טען, כי הוכח שהתובעים ידעו מראש על חריגות הבנייה, עוד בטרם החתימה על ההסכם, ומכאן שהם נהגו במרמה כשלא הודיעו על כך לנתבעת.

על פי הטענה, הצהרת הנתבעת בהסכם היתה "חיוב" שלא נקבע מועד לקיומו, ולכן יש לקיימו זמן סביר לאחר ההתקשרות בחוזה (ס' 41 לחוק החוזים), ומועד זה צריך להדחות, לאור הוראות ס' 43 לחוק החוזים, ולאור העובדה כי התובעים לא אפשרו לנתבעת לתקן את ההפרה שלה את ההסכם.

8. כטענה חלופית טען הצד השלישי, כי יש להפחית את הפיצוי המוסכם לאפס, או לחלופין לערך מטרד. כן נטען כי אין לחייב את עורך דין קונדה כצד ג', שכן הנתבעת העידה כי היא קראה את ההסכם, משום שעו"ד קונדה פעל בסבירות, תוך הסתמכות על מסמכי הוועדה, הטאבו, הכרותו עם ה"ה הלטר, מצגי הנתבעת ומצגי ב"כ התובעים.

אם תוטל אחריות על עו"ד קונדה - יש לייחס לנתבעת אשם תורם, שכן לה היתה הידיעה המיוחדת על חריגות הבנייה.

פרשנות ההסכם

9. אינני מקבלת את טענת הנתבעת לגבי הפרשנות הנכונה שיש לתת להסכם ביחס להצהרות הנתבעת לגבי חוקיות הבנייה. אף אם ההצהרה לגבי חוקיות הבנייה על המגרש הוספה להסכם ביוזמתו של עו"ד כספי, ב"כ התובעים, אינני סבורה כי בית המשפט רשאי, באמצעות תהליך פרשני, "למחוק" את ההצהרות האלה מההסכם.

אכן, על פי ההלכה הפסוקה, על בית המשפט לנסות ולהתחקות אחרי אומדן הדעת הסובייקטיבי המשותף של שני הצדדים להסכם, ולפרש את ההסכם על פיו. עם זאת, אין פירוש הדבר כי בית המשפט רשאי להתעלם מדברים שנאמרו מפורשות בהסכם, ולנסח עבור החוזים חוזה אחר מזה שהתגבש לאחר מו"מ ביניהם, שעליו הם הסכימו ועליו הם חתמו.

בהסכם דנן קיימת הצהרה והתחייבות מפורשת של הנתבעת – המוכרת – לפיהן הבית, כמו גם בריכת השחייה, נבנו כדין ללא חריגות בנייה. כאמור, בדיעבד הסתבר כי הצהרה זו איננה נכונה. יש לתת תוקף להצהרה והתחייבות זו, ולא ניתן להתעלם ממנה.

10. יתרה מזאת, יש משמעות לאמור בהסכם, גם אם נניח כי התובעים הניחו שהם יעדיפו להרוס את הבית שרכשו. גם בהנחה שזה היה המצב, לא נוכחתי כי לתובעים היו תוכניות מגובשות וסופיות במועד רכישת הבית.

ניתן ללמוד זאת גם מההסכם עצמו, בו התחייבה הנתבעת, לבקשת התובעים, בס' 5.1. לדאוג לשמירה ולטיפוח הגינה עד למסירת הבית. גם התנהגותם של התובעים בסמוך לאחר ההסכם, מעידה כי הם לא גמרו בדעתם להרוס את הבית באופן מיידי – כך, במכתב מיום 15.4.01, בקש ב"כ התובעים מהנתבעת שלא לבצע בבית שינויים כלשהם הכוללים עקירת מחוברים, ביניהם הוויטרינה, עד למסירת החזקה. בנוסף, התובעים היו עשויים להחליט במסגרת תוכניותיהם להרוס את הבית רק באופן חלקי.

11. זאת ועוד, מאחר שהתובעים לא יכלו לדעת מה בדיוק ייעשה בבית בעתיד, הייתה משמעות להצהרה על חוקיות הבנייה, גם למקרה בו התובעים יחליטו בסופו של דבר למכור את הבית, עוד בטרם יחליטו להרוס אותו. במקרה כזה, עשויה להיות חשיבות לשאלה האם קיים היתר בנייה לבנייה הקיימת. בסופו של דבר, התובעים אכן לא הרסו את הבית, והם מכרו אותו, ורכשו מגרש אחר במקומו.

גם התנהלות זו מעידה על כך כי התובעים לא גמרו בדעתם לקנות את הבית רק על מנת להרוס – והראיה שבסופו של דבר הם אכן לא הרסו את הבית.

12. לכן, לא ניתן לקבוע כי לא הייתה כל חשיבות מבחינת הצדדים לשאלה האם הבית נבנה כחוק, ולא ניתן להתעלם מהצהרות הנתבעת בהסכם בהקשר זה. מטעם זה, לא ניתן גם לקבוע כי עצם עמידתם של התובעים על כך כי הנתבעת הפרה את ההסכם בכך שהצהירה הצהרה שהסתברה כבלתי נכונה, הייתה כשלעצמה חוסר תום לב.

האם הנתבעת הפרה את ההסכם?

13. אני סבורה, לאור האמור לעיל, כי אין מנוס מהמסקנה כי הנתבעת הפרה את ההסכם בהפרה יסודית. העובדה כי הנתבעת לגרסתה (שאני מאמינה לה), לא ידעה כי המצג החוזי בדבר חוקיות הבניה לא היה נכון – אינה צריכה לשנות את המסקנה הזו.

הטעם לכך הוא כי:

"נקודת המוצא המקובלת היא, שאחריות חוזית היא אחריות מוחלטת, במובן זה שהיא קמה בדרך כלל במלוא היקפה בלא תלות באופי הפרה, בהלך מחשבתו של המפר או בנסיבות אחרות". (ר' ע"א 458/93, פרטין נ. סלומון, פ"ד מ"ז (5) 537 וע"א 3912/90 Eximion תאגיד בלגי נ. טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מ"ז (4) 6).

ברע"א 7642/97 שיטריט נ. נוסבאום (פ"ד נ"ג (3) 516), התייחס בית המשפט העליון להסכם למכירת בית ומגרש, בו הצהירו המוכרים הצהרה לגבי שטח המגרש. הסתבר בדיעבד כי ההצהרה אינה נכונה, ושטח המגרש בפועל קטן יותר ממה שהוצהר. בית המשפט (כב' השופט אנגלרד) קבע כי: "במסגרת הקביעה של הפרת חוזה המכר בגין אי התאמה, אין כל חשיבות לשאלה אם המוכרים נהגו בתום לב או בהעדר רשלנות. חיובם הוא להשיג את התוצאה של מילוי התנייה החוזית, אשר במקרה שלנו נוגעת לגודל שטח הנטו של המימכר".

ובהמשך:

"המוכר הצהיר במפורש כי שטח המימכר נטו הוא בגודל מסוים. הצהרה מעין זאת אין להצהירה אלא על יסוד בירור העובדות הנוגעות לתוכן ההצהרה. על כל פנים, כך היה נוהג אדם סביר".

14. משהנתבעת הצהירה כי הבית והבריכה בנויים כחוק, היא קבלה על עצמה את האחריות החוזית לכך שהבניה של הבית והבריכה היא חוקית. לאחר שהסתבר כי היא לא השיגה את התוצאה של העברת בית שבנוי כחוק לידי התובעים, יש לקבוע כי הנתבעת הפרה את התחייבותה.

הצדדים הגדירו התחייבות זו בהסכם (ר' ס' 14 להסכם), כהתחייבות שהפרתה היא הפרה יסודית, ויש לכבד גם את קביעתם זו, בהתאם להסכמתם.

יוער כי אינני סבורה – כפי שטוען ב"כ הצד השלישי – כי הצהרתה של הנתבעת היא התחייבות שיש לקצוב זמן לקיומה על ידי הנתבעת. אני סבורה כי מנוסח ההסכם עולה כי מדובר בהצהרה של הנתבעת לגבי המצב

של הבית עובר לחתימת ההסכם, מצב שלגביו היא מצהירה שהוא המצב הקיים, שאלמלא כן – לא הושגה התוצאה שהתובעים יכלו לצפות לה.

הנתבעת היתה יכולה להצהיר כי בבית קיימות חריגות בניה, וכי היא מתחייבת להכשיר אותן תוך פרק זמן כזה או אחר.

הנתבעת היתה עשויה גם להצהיר כי איננה יודעת אם קיימות חריגות בבית, וכי אם קיימות חריגות – היא תדאג להכשירן.

כאמור, הצדדים לא נקטו בדרכים אלה, אלא בדרך אחרת – כאשר הנתבעת הצהירה כי הבית בנוי כחוק, ללא כל חריגות.

הצהרה זו הפכה לחלק מההסכם, ומשהסתבר כי איננה נכונה – הנתבעת הפרה את סעיף 2.2 להסכם בו מצויה ההצהרה.

15. לכאורה ניתן היה לחתום כאן את פסק הדין, ולסיימו בקביעה משפטית המבוססת על אדני החוק והפסיקה לפיה ההסכם הופר על ידי הנתבעת בהפרה יסודית המזכה את התובע בפיצוי המוסכם מראש. ואף על פי כן, הלב אינו מניח לעשות כן. ועדיין מנקר ספק, האם זוהי אמנם התוצאה הנכונה?

ישנה תחושה של חוסר הגינות, בתוצאה לפיה התובעים יקבלו את הפיצוי המוסכם מראש במלואו, והנתבעת תשלם אותו במלואו.

16. אני סבורה כי כאשר קיים ספק של בית המשפט ביחס לצדקת התוצאה הלכאורית של פסק הדין, כאשר קיים דיסוננס בין התוצאה המשפטית הלכאורית, לבין תחושת הצדק האינטואיטיבית של השופט, בית המשפט אינו צריך להתעלם מכך, ועליו לבחון ממה נובעת התחושה הזו.

17. אכן, לא כל תחושה של צדק או אי צדק היא רלוונטית להכרעה משפטית.

לא בכל מקרה צריך לנסות ו"לתקן" את התוצאה המשפטית. קיימים מקרים בהם נגלה כי תחושת הצדק האינטואיטיבית לא הביאה בחשבון שיקולים רחבים יותר, וה"צדק" כפי שהוא נדמה ממבט ראשון, אינו מביא בחשבון את מכלול השיקולים הרלוונטיים, ואינו עולה בקנה אחד עם התוצאה המשפטית הנכונה, ואף לא עם התוצאה ה"צודקת" במובן הרחב יותר.

אולם, לשם כך יש לבחון קודם כל את השאלה מדוע מתקוממת תחושת הצדק מהתוצאה לפיה הפיצוי במלואו ישולם לתובעים על ידי הנתבעת.

לאחר מכן ניתן יהיה לבחון האם קיימים כלים משפטיים, אשר יש בהם כדי לאזן בין תחושת הצדק האינטואיטיבית לבין התוצאה המשפטית.

18. ישנן כמה סיבות שבשלהן מתקוממת תחושת הצדק האינטואיטיבית בפני התוצאה שלעיל.

ראשית, אני סבורה כי שני הצדדים להסכם לא היו מודעים לכך שהבית נבנה תוך חריגות משמעותיות מהיתרי הבניה. לא זו בלבד שהצדדים עצמם לא היו מודעים לכך, אלא שגם עורכי הדין שלהם לא ידעו על כך, אלא לאחר שההסכם כבר נחתם.

בהקשר זה, אינני מקבלת את טענתו של הצד השלישי, ואינני סבורה כי הוכח שהתובע או בא כוחו ידעו על החריגה עוד בטרם התקשרו בהסכם (ור"ג גם את עדותו של עו"ד כספי בהקשר זה).

19. יתרה מזאת, נראה כי ניתן היה להודיע על חריגות הבניה ללא קושי ניכר, על ידי השוואה בין היתר הבניה בעירייה לבין המצב הבנייה הקיים של הבית והבריכה. מאחר שמדובר בחריגות בניה בהיקף משמעותי מאוד, לא היה צורך במומחיות מיוחדת כדי לראות שלמרתף הבית כולו, כמו גם לבריכת השחייה, אין ולא היה מעולם היתר בניה.

בירור כזה הוא מתבקש בטרם התקשרו בהסכם לרכישת בית או מכירתו, ובוודאי שהוא חשוב ברכישת בית תמורת סכום של שני מליון דולר. זהו בירור חשוב ומשמעותי בכל עסקה, וודאי בעסקה בה הקונים לא גמרו בדעתם להרוס את הבית מייד לאחר הרכישה, ועמדו על הצהרה חוזית לגבי כך שהבית בנוי כחוק.

לו היה אחד מהצדדים או בא כוחו של אחד מהצדדים, עורך בירור בעירייה ומגלה את חריגות הבניה, היה נושא החריגות מתגלה עוד בטרם החתימה על ההסכם.

כלומר, העדר הידיעה על חריגות הבניה נבע ממחדל של שני הצדדים ובאי כוחם.

20. זאת ועוד - בס' 2.2 להסכם נקבע:

"הקונים מצהירים בזה כי ראו את הנכס מצבו, שטחו, סביבתו מתקניו ומצאו אותו במצב תקין וכשהוא מתאים למטרותיהם, וכי בדקו את זכויות המוכרת והמנוח בנכס ובכפוף לנכונות הצהרות המוכרת כאמור במבוא להסכם זה, ובסעיף 2 לעיל, לקיום כל התחייבויות המוכרת המפורטות בהסכם זה ולהעברה ורישום של כל זכויות המוכרת בנכס לאחר שיועברו כל זכויות המנוח בנכס על שמה כשהן מהוונות ולאחר הארכת תקופת החכירה ל-49 שנים נוספות על שם הקונים בלשכת רישום המקרקעין ובמינהל מקרקעי ישראל כשהן מהוונות ונקיות מכל משכנתא, שימוש עיקולי או זכויות צד ג' אחרות כלשהן, וכי הם מוותרים בזה על כל טענת מום או אי התאמה המוקנית להם על פי כל דין, לרבות על הזכות להפחתת מחיר הנכס או החזרתו למוכרת בשל

מצבו".

כלומר, אף התובעים הצהירו בהסכם כי הם בדקו את זכויות המוכרת בנכס. אכן, על פי ס' 2.2 הנ"ל, בדיקה זו של המוכרים היא "בכפוף לנכונות הצהרות המוכרת". לכן, ומכוח הניסוח הזה של ההסכם, ניתן לראות כי הצדדים ביקשו כי הסיכון העיקרי ביחס למצבו התכנוני של הבית, ייפול על כתפי הנתבעת – ואין להתעלם מכך.

21. יצוין כי בפס"ד שטרית נ. נוסבאום, שאוזכר לעיל, היה בהסכם המכר נושא אותו דיון סעיף דומה לס' 2.2 הנ"ל. בס' 3 לחוזה שנדון באותו פס"ד הצהיר הקונה כי "ראה את המימכר, בדק את מצבו התכנוני המשפטי והפיזי", והוא ויתר על כל טענה לרבות מחמת אי התאמה או טעות.

בית המשפט קבע באותו ענין, כי תניה זו לא נועדה לשחרר את המוכר מכל אי התאמה אפשרית. נקבע כי כאשר יש התחייבות מפורשת של המוכר לכך ששטח הנכס הוא בהיקף מסוים, אין לראות בחסר של מעל רבע מן המוסכם ענין של פגם או אי התאמה גרידא. לכן, בית המשפט לא החיל את ס' 3 הנ"ל באותו ענין על ההפרה הנדונה, ולא פטר את המוכר מאחריותו. גם בענייננו, מדובר בחריגה משמעותית ביותר מבחינת היקפה. יתרה מזאת, כפי שצוין, הצהרת הרוכשים – התובעים בענייננו, הוצהרה בכפוף להצהרתה של המוכרת.

עם זאת, התובעים לא בצעו את האמור בס' 2.2 הנ"ל בהסכם – הם לא בדקו את זכויות המוכרת, למרות שהצהירו כי עשו זאת – וכפי שצוין כבר לעיל, לו היו התובעים בודקים את הזכויות – הם היו עשויים לגלות את ענין החריגות עוד בטרם ההתקשרות בהסכם.

חלוקת הנזק החוזי

22. האם לכל האמור לעיל יש משמעות משפטית? אני סבורה כי התשובה היא חיובית.

הצדדים להסכם הסכימו ביניהם כי הסיכון בכך שקיימות חריגות בנייה בבית יחול על הנתבעת, המוכרת. לכן, הצהירה הנתבעת כי הבית בנוי ללא חריגות בנייה. חלוקה כזו של הסיכונים היא לגיטימית, ואין להתעלם ממנה. כפי שצוין לעיל, פסיקה "פורמליסטית" היתה עשויה להסתפק בכך על מנת להטיל את הנזק במלואו על כתפי הנתבעת.

23. אולם, בניגוד למצב שהיה קיים במשפט הישראלי לפני שנות השמונים, הרי משנות השמונים ואילך, "ירד משקלה של ההנמקה הפורמליסטית", ועלה משקלה של ההנמקה "המבליטה באורח מודגש את מעמדם של שיקולים ערכיים" (מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", הוצאת מעגלי אור, 1993, עמ' 45).

ענין זה בא לידי ביטוי בין היתר בהדגשת יסוד היצירה בפעולת השיפוט (שם, עמ' 51), ובהפעלה נרחבת של חובת תום הלב המחייבת צדדים לפעול להגנת האינטרס של הצד האחר, מעבר למה שקבוע בנורמה המסדירה את יחסיהם (שם, עמ' 62-56). כל הפעלה של עקרון תום הלב, מחייבת "הפעלת שיפוט לגבי המידה שבה נורמה משפטית, שאמורה כפשוטה להפעיל יחס משפטי מסוים, אכן מתאימה להסדרת היחס, או שמה מצריכות נסיבות היחס עיצוב מחדש של הנורמה בהתאם לחובת תום הלב" (שם, עמ' 60).

24. האמור לעיל בא לידי ביטוי גם בדיני החוזים. כך, על פי המגמה המודרנית יותר בדיני החוזים, יש לבחון את החוזה כפרויקט משותף של שני הצדדים לו.

"האידיאולוגיה שבבסיסם של דיני החוזים המודרניים שונה במידה ניכרת מזו של דיני החוזים הקלאסיים. תפיסת היריבות שבין הצדדים לחוזה, פינתה את מקומה לתפיסה שונה, המעמידה במרכז שיתוף וסולידאריות. החוזה אינו נתפס עוד ככלי משפטי שעיקר ייעודו הוא הקצאת סיכונים, הסתמכות ותכנון, אל ככלי משפטי הבא לאפשר חליפין הדדיים המועילים לשני הצדדים גם יחד" (ר' אריאל פורת, "הגנת אשם תורם בדיני חוזים", המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ז-1997).

כתוצאה מכך, האחריות החוזית היום איננה אותה אחריות מוחלטת שאפיינה את דיני החוזים הקלאסיים, ויכולת ההסתמכות על החוזה אינה כפי שהיתה בעבר. הפרת החוזה נתפסת כ"תאונה" שאיש אינו חפץ בה, ואשר האחריות בגינה אינה רובצת בהכרח לפתחו של הצד שלא קיים את חלקו בחוזה (שם, עמ' 60).

25. הדרך המשפטית המוצעת ע"י פרופ' פורת להגן על מפר חוזה, כנגד נפגע אשר תרם באשמו לנזקיו, היא באמצעות החלת העקרון של "אשם תורם" בדיני החוזים. עקרון זה מטיל אחריות על נפגע מהפרה, אשר לא נקט צעדים סבירים לפני הפרת החוזה כדי למנוע את הנזק שבא עליו בסופו של דבר. התנהגותו הבלתי סבירה של הנפגע, יכול שתתרום לנזק באופן ישיר או באופן בלתי ישיר.

26. בית המשפט העליון יישם את ההלכה בדבר אשם תורם בדיני החוזים.
כך, בע"א 3912/90 Eximion S.A תאגיד בלגי נ. טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי, פ"ד מ"ז (4) 64, הכיר בית המשפט העליון בכך שיש סיכונים ששני הצדדים לחוזה אחראים יחדיו להתממשותם. מפסק הדין עולה כי להתנהגויות מסוימות של מי שאינו מפר חוזה במובן הצר של המילה, עשויות להיות נפקויות משפטיות.

כך, נפסק שם כי אם שניים גרמו סיבתית לנזק, אין להעדיף אחד על רעהו, אלא יש לחלק את האחריות ביניהם.

27. בפסק הדין שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ. ס.ע.ל.ר. חברה לבנין בע"מ (ע"א 3940/94, פ"ד נ"ב (1) 210), קבע בית המשפט, כי שני הצדדים לחוזה הפרו אותו, אף שהמערערת היתה זו שהפרה את החוזה ראשונה.

בית המשפט קבע כי במקרה כזה ניתן לחלק את הנזק בין הצדדים לחוזה, תוך השתחררות מהגישה המסורתית הקובעת "מבחנים קשיחים... המביאים לא אחת לתוצאה בלתי צודקת".

כב' השופטת בייניש קובעת באותו ענין כי ניתן להעזר בשורה של מבחני עזר וקריטריונים שסייעו בחלוקה צודקת של הנזק בכל מקרה על פי נסיבותיו. וכך נקבע שם:
"בחלוקת הנזק יש להביא בחשבון את היחס בין חומרת ההפרות של הצדדים, ראוי להתחשב במידת האשם שדבק בפעולותיו של כל אחד מהם, ויש להשוות את התרומה הסיבתית של כל אחת מההפרות לנזק. במקרים מסוימים יש מקום להבחין בין המשקל שניתן לאינטרס ההסתמכות של הצדדים לבין זה הניתן לאינטרס הציפוי. במקרים אחרים יש מקום לבחון אם מטעמים של מדיניות משפטית, ראוי להטיל על צד אחד לחוזה אחריות רבה יותר. שיקולים אלה ואחרים יובאו בחשבון, כשהמטרה היא חלוקה צודקת של הנזק בהתחשב במאפייניו של המקרה הנדון".

28. עתה יש ליישם את העקרונות הנ"ל על העובדות נושא התובענה דנן.
בענייננו, לשני הצדדים לחוזה היה ענין לדעת האם הבית בנוי ללא חריגות בניה. כפי שצויין לעיל, שני הצדדים היו יכולים לברר זאת על נקלה, ושני הצדדים, ואף באי כוחם, לא ערכו את הבירור הפשוט והמתבקש לצורך כך.

29. יתרה מזאת, בהסכם עצמו הצהירו התובעים כי אף הם בדקו את הבית ומצאו אותו מתאים לצרכים שלהם (ר' ס' 2.2 להסכם שצוטט לעיל). אמנם, הצהרה זו היתה כפופה להצהרותיה של הנתבעת, ומכאן שהצדדים ביקשו – חרף הצהרה זאת – להטיל את האחריות העיקרית לנושא של הבניה החוקית על הנתבעת. אולם, כאמור, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי התובעים לא פעלו על פי ההסכם, בכך שלא בדקו את המצב החוקי, חרף הצהרתם בקשר לכך.

30. לא ניתן גם להתעלם מהעובדה, כי התובעים לא נקטו צעדים סבירים לפני הפרת החוזה, כדי למנוע את הגילוי המאוחר של חריגות הבניה. הצעד של בדיקת המצב התכנוני והשוואת המצב הקיים להיתר הבניה, הינו צעד סביר ביותר – גם אלמלא התחייבותם ההסכמית של התובעים בהקשר זה (ור' בהקשר זה ספרו של פרופ' פורת שאוזכר לעיל, עמ' 205-212).
(יוער כי פסה"ד Eximion מתייחס להתנהגויות של צד לחוזה שאינן בגדר "הפרה", ופס"ד ס.ע.ל.ר. מתייחס למקרה בו "נפגע" הפר אף הוא את ההסכם, לאחר הפרתו של ה"מפר").

31. מה היה קורה אילו היו התובעים עורכים את הבירור בטרם ההתקשרות בהסכם? האם היה בכך כדי להקטין את הנזק שנגרם להם – הנזק בגינו הם תובעים היום את הפיצוי הקבוע והמוסכם מראש? אני סבורה כי התשובה חיובית באופן חלקי. אבהיר את הדברים.

אמנם, לו היתה נערכת בדיקה יסודית של מי מהצדדים לפני החתימה על ההסכם, והיו מתגלות חריגות הבניה, הרי ככל הנראה לא ניתן היה לתקן את הענין באופן מידי, עוד בטרם ההתקשרות בהסכם. מה היה קורה לו היה ענין זה מתגלה במועד? האם ניתן לקבוע כי הנזק היה נמנע?

אני סבורה כי בהנחה כי מה שהיה חשוב לתובעים הוא לקבל עבור המחיר ששילמו בית בנוי כדיון, ללא כל חריגות בניה, ניתן היה להסדיר ענין זה בהסכם, תוך קביעה (שממהתנהגות הנתבעת בדיעבד אין ספק שהיא היתה מסכימה לה), שהנתבעת תיקח על עצמה להכשיר את חריגות הבניה.

לו זה היה המצב, יתכן כי התובעים היו טוענים כי בכל זאת נגרם להם נזק כלשהו – הם מקבלים בית ש"יוכשר" רק כעבור פרק זמן מסוים, ואינו "כשר" כבר במועד רכישתו. אולם, הנזק היה קטן יותר.

32. מבחינה זו שונות העובדות בענייננו מהעובדות נושא פס"ד שטרית נ. נוסבאום שאוזכר לעיל. באותו ענין דובר על מגרש בעל שטח קטן יותר מזה שהוצהר עליו.

לא ניתן "לרפא" פגם כזה בשום דרך, שכן לא ניתן להגדיל את שטח המגרש שנמכר. לעומת זאת, בענייננו, הפגם הוא בר תיקון: כפי שהוכח, ניתן היה להכשיר את חריגות הבנייה. הקושי של הצדדים לסיים את הענין ולהכשיר את החריגות לאחר שהן התגלו, נבע מחוסר יכולתם לשתף פעולה זה עם זה (כפי שיפורט להלן), שיתוף פעולה שנדרש משום שהתובעים היו רשומים כבעלים של הבית, כאשר הנתבעת ניסתה להכשיר את הבניה בו.

ענין זה היה נמנע לו היו הצדדים מגלים את נושא החריגות עוד בטרם החתימה על ההסכם. במקרה כזה, ניתן היה להגיע להסדר לגבי אופן הכשרת הבניה על ידי הנתבעת, וכאמור - לו היה הדבר מוסדר מראש, ניתן היה להביא להכשרת חריגות הבניה.

33. לכן, וכפי שהובהר – אני סבורה כי יש מקום לחלוקת הנזק בין הצדדים, תוך שיש להביא בחשבון ביחס לכך את התנהגותם של שני הצדדים, את חלוקת הסיכון החוזית המוסכמת ביניהם ואת האפשרות שהיתה למנוע חלק ניכר מהנזק, עוד לפני ההפרה.

לאור זאת, אני סבורה כי יש לחלק את הנזק כך שהתובעים יישאו ב- 20% מהנזק, והנתבעת תישא ב- 80% ממנו.

הפרות נטענות נוספות של ההסכם
34. הצדדים העלו טענות לגבי הפרות נטענות נוספות של ההסכם, לאחר ההפרה הראשונה, היינו לאחר שהתגלה כי הבית נבנה בחריגה מהיתר.

הנתבעת טענה בהקשר זה כי התובעים הפרו את ההסכם כאשר הם סרבו לחתום על תוכניות הבניה. כאמור, לאחר שהתגלו החריגות, בקשה הנתבעת לתקן את המצב התכנוני של הבית, ולהביא לאישורן של חריגות הבניה על חשבונה.

ואולם, מאחר שהבית היה רשום כבר, בשלב זה, על שם התובעים, נדרשה חתימתם על התוכניות. התובעים התנו את חתימתם בכך שהנתבעת תחתום על התחייבות לשיפוי, לפיה הנתבעת תהא אחראית כלפיהם בכל הנוגע לבקשה, ותישא בכל התשלומים וההוצאות הכרוכים בקבלת היתר. כמו כן, סרבו התובעים לוותר על זכותם לפיצוי הקבוע והמוסכם מראש, אף אם החריגות יאושרו.

הנתבעת טוענת כי בכך הפרו התובעים את התחייבותם לפי ס' 6.5 להסכם בו הם התחייבו "לחתום על כל המסמכים והטפסים שיידרשו ע"י כל הרשויות המוסמכות לרבות... הוועדות לתכנון ובניה, ו/או לשכת רישום המקרקעין, להמציא כל אישור, טופס או קבלה הדרושים ו/או המועילים לביצוע העסקה נשוא הסכם זה... הכל בהתאם לדרישות עורך הדין ומייד בסמוך לקבלת הדרישות כאמור". התובעים כפרו בטענה זו, ואף טענו כי מדובר בהרחבת חזית אסורה, מעבר לנטען בכתבי הטענות.

35. אני סבורה כי התנהגותם של הצדדים בקשר עם הכשרת הבניה, התאפיינה אף היא בהעדר שיתוף פעולה של שניהם, כאשר אילו שניהם היו פועלים במגמה של שיתוף פעולה ורצון כן לקדם את הכשרת הבניה, ניתן היה לקדם את הכשרת החריגות ביתר מהירות וקלות.

כך, מחד גיסא, דרישתם של התובעים למכתב השיפוי לא היתה בלתי לגיטימית, לאור העובדה כי הם נחשפו לחריגות הבניה בבית רק לאחר החתימה על ההסכם, למרות שהנתבעת הצהירה כי חריגות לא קיימות. עם זאת, קשה להשתחרר מהתחושה כי התובעים נהגו בנוקשות, הכבידו על הנתבעת, ולא פעלו ברוח של שיתוף פעולה לקידום האינטרסים המשותפים שלהם.

שני הצדדים התבצרו בעמדותיהם, כאשר התובעים לא היו מוכנים לוותר על מכתב השיפוי, ועל זכותם לתבוע את הפיצוי הקבוע והמוסכם מראש, והנתבעת (באמצעות עורך דינה), סרבה לחתום על מכתב כזה.

36. עם זאת, התנהגות הצדדים בשלב זה, לאחר שההסכם הופר בהפרה שצויינה לעיל, היא בעלת משמעות משנית בלבד. כך, גם לו היו הצדדים מצליחים בסופו של דבר להכשיר את החריגות, היתה ההפרה הראשונה עומדת בעינה, ויחד עם זאת יש לחזור ולהדגיש כי מחומר הראיות בכללותו עולה כי הכשרת החריגות היתה אפשרית.

לכן, אינני סבורה שהתנהגותם של שני הצדדים בהקשר זה – יש בה כדי לשנות את התוצאה המשפטית של פסק הדין.

37. ענין נוסף שהועלה ע"י התובעים הוא השאלה מתי נודע לנתבעת ו/או לבא כוחה על קיומה של הערת האזהרה על החריגות. לטענת התובעים, הדבר נודע לב"כ הנתבעת עוד בטרם מסירת החזקה. הנתבעת ועו"ד קונדה כפרו בטענה זו.

אינני סבורה כי הוכח שעו"ד קונדה ידע על הערת האזהרה עוד בטרם מסירת החזקה, ומקובלת עלי גרסתו לפיה נודע לו על כך לאחר מכן, וכי ברגע שנודע לו על כך – הוא הודיע לתובעים.

סיכומה של נקודה זו – אינני סבורה כי לאחר שהצדדים גילו את העובדה שהבית נבנה בחריגות בניה, יש בהתנהגותם כדי לשנות את התוצאה המשפטית, וחלוקת הנזק צריכה להעשות בהתאם להתנהגות הצדדים בטרם נחתם ההסכם, באופן שפורט לעיל.

38. עוד יש לציין, כי מאחר ומדובר בתביעה לפיצוי קבוע ומוסכם מראש, אין רלוונטיות להתנהגות הצדדים לאחר ההפרה, גם לענין "הקטנת הנזק". זאת, משום שס' 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א – 1970 (להלן: "חוק התרופות"), אינו חל על פיצוי קבוע ומוסכם מראש לפי ס' 15 לחוק הנ"ל.

גובה הנזק

39. הצדדים העריכו מראש, בעת חתימת ההסכם, כי הנזק בגין הפרת ס' 2 להסכם, הוא נזק של \$200,000. ס' 15 (א) לחוק התרופות קובע:

"הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן - פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה".

סמכות הפחתת הפיצויים בס' 15 הנ"ל, נועדת למנוע מצב בו סעיף הפיצויים יהווה קנס, ולא הערכה כנה של הנזק.

מהו הנזק שהצדדים היו יכולים לצפות בעת החתימה על ההסכם בקשר עם הפרתו? כדי לבחון שאלה זו יש "להעביר את ההפרה הקונקרטי, על תוצאותיה, בכור המבחן של ס' 15 הנ"ל, דהיינו, לקבוע אם מלכתחילה בעת כריתת החוזה, עשוי היה המפר לראות את הפיצויים המוסכמים כמו כמשקפים לפי קנה מידה סביר כלשהו את הנזק העשוי להגרם מאותה הפרה" (ר' ע"א 533/81 עגמון נ' ישעיהו, פד"י לו(3) 553).

זאת ועוד, פיצוי שאינו מבחין בין הפרות שונות, גדולות וקטנות, אינו עומד בתנאי של סבירות היחס בין הפיצוי לנזק שנקבע (ר' ע"א 53/86 סולל נ' צוקרמן פד"י מב(2) 625).

40. יש לבחון אם כן מהו הנזק הסביר שניתן היה לצפות בגין ההפרה הספציפית – חריגת בנייה שבוצעה שנים רבות לפני רכישת הנכס, שניתן להכשיר אותה בפרוצדורה לא מסובכת ולא יקרה, ותוך מספר חודשים.

41. מחד גיסא, עניינה של ההפרה הוא חריגות בניה בהיקף משמעותי במ"ר. בבית עצמו היו חריגות בניה, הבריכה נבנתה ללא היתר, ואף מחוץ לבית היו מבנים ללא היתר. מאידך גיסא, מדובר בחריגות שהתיישנו (ושלכן הסיכון של הליכים פליליים או הליך של הריסה ללא הרשעה מכוח ס' 212 לחוק התכנון והבניה, היה נמוך ביותר). בנוסף, מדובר בחריגות שאין חולק שניתן היה להכשיר אותן, ללא קושי ניכר (ר' נ/9, נ/4 א' וב') תוך פרק זמן לא ממושך (שבועות או חודשים ספורים).

42. לכן, הנזק שנקבע גבוה מהנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה הזו של ההסכם. הנזק שניתן היה לצפות בגין הפרה כזו הוא נמוך הרבה יותר מהנזק שניתן היה לצפות בגין הפרה של חריגות בנייה חדשות יותר, קשות יותר לתיקון, או בגין חריגות בניה שלא ניתן היה להכשיר אותן.

אני סבורה, משום כך, כי יש להקטין את הפיצוי, ולהעמיד אותו על סך של \$80,000.

יוער כי גם במקרה של פיצוי מוסכם מראש, ניתן להתחשב בהתנהגות הנפגע במקרים של אשם תורם (ר' פורת, שם, עמ' 254).

לאור כל האמור לעיל, לגבי חלוקת הנזק, אני סבורה כי על הנתבעת לפצות את התובעים בסך בשקלים של \$64,000.

לאור התוצאה הנ"ל, הנתבעת תישא בהוצאות התובעים וכן בשכר טרחת עורכי דינה בסך 8,000 ₪ + מע"מ.

אחריותו של עו"ד קונדה – הצד השלישי

42. אני סבורה כי יש לקבל את הודעת צד ג', ולחייב את עו"ד קונדה לשפות את הנתבעת כמבוקש על ידיה בהודעת צד ג'.

אין מחלוקת כי עו"ד קונדה היה בא כוחה של הנתבעת. אני סבורה כי ככזה, היתה מוטלת על עורך דין קונדה החובה לבחון את יכולתה של הנתבעת להוסיף את ההצאה נושא ס' 2.2 להסכם.

הצהרה זו ביחס לחוקיות הבנייה, היא הצהרה בעלת אופי משפטי, ולכן עורך הדין היה צריך לבחון את השאלה האם אכן הבית והבריכה נבנו כדין. כאמור, בחינה כזו לא היתה מסובכת, וניתן היה לגלות על נקלה כי לחלק גדול מהשטח הבנוי – אין היתר בניה.

על כל פנים, עו"ד קונדה היה חייב, בטרם הסכמתו להוספת ההצהרה לפיה הבית בנוי כחוק, להבהיר לנתבעת את משמעות ההצהרה, ולוודא איתה כי היא אכן בטוחה ומשוכנעת שהאמור בהצהרה תואם את המצב לאשורו. רק אם היתה הנתבעת מאשרת כי זה המצב, ניתן היה לייחס לה אשם תורם.

43. לכן, אני מחייבת את הנתבעת לשלם לתובעים סך בשקלים של \$64,000 והוצאות בסך 8,000 ₪. צד ג' ישפה את הנתבעת בכל הסכומים הנ"ל, וכן יישא בהוצאותיה בקשר עם הודעת צד ג', בסך 4,000 ₪ + מע"מ.

המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים בדואר רשום עם אישור מסירה.

ניתן היום 18.1.06 בהעדר הצדדים

ר. רונן, שופטת