



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 5812/19

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל
כבוד השופטת י' וילנר

המערערים :

1. שמעון עזר
2. ורד עזר

נ ג ד

המשיבים :

1. עדנה ויצמן
2. עזבון המנוח חיים ויצמן ז"ל
3. כונס נכסים רשמי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת מיום
6.6.2019 בת"א 39856-09-17 אשר ניתן על ידי כבוד
השופט י' אברהם

תאריך הישיבה :

י"א בכסלו התשפ"ב (15.11.2021)

בשם המערערים :

עו"ד מישל סבג ; עו"ד פאדיה עתאמלה-שלבי

בשם המשיבה 1 :

עו"ד אורי ברימר

בשם המשיבה 2 :

עו"ד ירון רג'ואן

בשם המשיב 3 :

עו"ד חיים זקס

פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל:

1. ערעור זה מפגיש בין שלושה: דיני החוזים, דיני הקניין וסדרי הדין. ברקע – הסכם בין המערערים למשיבה 1 (להלן: המשיבה), למכירת הזכויות בגג בית משותף שהוצמד לדירתה. דיני הקניין מטילים מגבלות שונות על עסקאות שמבצע אדם ברכוש מוצמד, באופן כללי או כשהרכוש מצוי בבעלות משותפת. דיני החוזים קובעים חריגים לתרופת האכיפה, לרבות חריג ה"נבצרות" שעניינו חוזה שלא ניתן לאכפו. אשר לסדרי הדין – אלה קובעים את מסגרת הדיון בתביעה, בין היתר בשים לב לעילות ולסעדים שהתבקשו בה. נקודת הממשק בין שלוש מערכות הדינים היא שקובעת במקרה זה את תוצאת ההליך. לאחר הקדמה זו נפנה לסקירת האירועים וההליכים שהובילו לערעור דנן.

א. רקע עובדתי ודיוני

2. הצדדים התגוררו במועדים הרלוונטיים בדירות שונות בקומה העליונה של בניין מגורים בעפולה, ברחוב מאיר שפירא 7 (גוש 16663, חלקה 148). המערערים הגישו המרצת פתיחה בבית המשפט המחוזי בנצרת (ת"א 39856-09-17, כב' השופט י' אברהם), שבה טענו כי המשיבה מכרה להם בשנת 2007 את זכויותיה בגג הבית המשותף שהוצמד לדירתה. לפי הנטען, העסקה בוצעה לאחר שהמשיבה לא יכלה לדאוג לתחזוקה השוטפת של הגג ולממן תיקון של נזילות בחלק מדירות הבניין. בתמורה שילמו המערערים למשיבה סך של 27,500 ש"ח, וכן התחייבו לשאת בכל עלויות תיקון הגג ואחזקתו. במהלך הדיון בבית משפט קמא העיד מערער 1 כי בסמוך לאחר עריכת ההסכם, התברר לו כי לא ניתן להשלים את העסקה נוכח קיומם של הליכים משפטיים שמתנהלים בעניין דירת המשיבה או עיקולים שמוטלים על הזכויות בדירה. בנסיבות אלה הסכימו הצדדים כי העסקה תושלם ברישום לאחר שתוסרנה המניעות המשפטיות להשלמתה והמשיבה תוכל להעביר את הזכויות כדין. נעיר כי אותן "מניעות משפטיות" מתייחסות לכך שמחצית מהזכויות בדירה ובגג היו שייכות לבעלה המנוח של המשיבה. האחרונה היא אמנם היורשת היחידה של המנוח, אולם נכסי העזבון טרם חולקו עקב חובות של המנוח. כיום מתנהל הליך פשיטת רגל לשם חלוקת נכסי העזבון לנושי המנוח, והמשיבה עדיין מחזיקה במחצית מן הזכויות בדירה בלבד. מן החומר שצורף עולה כי במסגרת הליך פשיטת הרגל נשקלת גם האפשרות של פירוק שיתוף בזכויות בדירה על דרך של מכירתה.

ההסכם בין הצדדים לא נערך בכתב. לפי הנטען בהמרצת הפתיחה, הסיבה לכך הייתה כי העסקה נעשתה "בין שכנים" שאינם בקיאים בפרטי הדין, וללא מעורבות של עורכי דין. לאחר מספר שנים ביקשו המערערים למכור את דירתם, ובשלב זה נאמר להם שלשם מכירת הזכויות בגג יחד עם הדירה, עליהם להחתים את המשיבה על הסכם בכתב. לאחר שהמשיבה דחתה אותם מספר פעמים, הסכימה לבסוף לחתום – בשנת 2017 – על הסכם בדבר העברת הזכויות בגג. ההסכם לא כלל איזכור של הסכום ששולם למשיבה, ולפי הנטען הדבר נעשה לבקשתה, וכדי שלא יהיה עליה להעביר חלק מן הסכום לנאמן לנכסי העזבון (להלן: הנאמן). בחוזה נקבע כי המשיבה תשאיר בידיה רבע משטח הגג – החלק שמצוי מעל לדירתה – וכי העסקה תושלם ברישום "לאחר מחיקת העיקולים או לאחר קבלת הסכמת הצדדים השלישיים". מערער 1 הסביר בעדותו כי המשיבה ביקשה במעמד החתימה להותיר בידיה חלק מן הגג לשימושים שונים, והוא נעתר לכך הגם שבעבר סוכם כי הגג יימכר במלואו. מספר ימים לאחר החתימה שלחה המשיבה למערערים מכתב ביטול, בטענה שהחוזה נחתם תחת לחץ ואיומים. בעקבות זאת הגישו המערערים את המרצת הפתיחה לבית המשפט המחוזי, שבה תבעו שני סעדים: הצהרה כי הם זכאים להירשם כבעלים של שלושה רבעים משטח הגג, ותיקון צו רישום הבית המשותף כך שהגג יוצמד לדירתם.

בכתב התשובה טענה המשיבה, בין היתר, כי היא אמנם ביצעה עסקה בעל פה עם המערערים מספר שנים קודם לחתימת ההסכם בכתב, אולם זו לא כללה את מכירת הזכויות בגג, אלא מתן זכות החזקה ושימוש בגג בלבד. המשיבה אישרה כי התמורה שקיבלה במסגרת העסקה כללה את הסכום שאותו ציינו המערערים, וכן את התחייבותם לדאוג לאיטום הגג מפני נזילות. לשיטת המשיבה, ההסכם בכתב משנת 2017, שבו הוכתרה העסקה כ"מכר", נחתם לאחר "הפעלת לחץ ובאיומים על המבקשת כדי שתחתום, בטענה כי כבר מכרה להם את הגג בעבר". עוד נטען כי המערערים לא שילמו תמורה ראויה עבור רכישת הזכויות בגג, והסכום ששילמו הוא בגדר "עושה וניצול מצוקתה". לבסוף נטען כי ההסכם אינו תקף גם מפני שהמשיבה מחזיקה רק במחצית מהזכויות בגג, ובנוסף לכך לא התקבלה הסכמה להעברת הזכויות בגג מאת מנהל עזבון המנוח והבנק שמחזיק במשכנתא על דירת המשיבה. הנאמן הצטרף לחלק מטענות אלה, והוסיף כי היה ויתברר כי התנהלותה של המשיבה הזיקה לנכסי העזבון – "קיימת אפשרות לחיובה האישי בשיפוי".

3. בית המשפט המחוזי קבע כי המערערים לא הוכיחו כי נערך הסכם בעל פה למכירת הגג קודם לשנת 2017. מסקנה זו התבססה על כך שבגרסת התובעים ובעדויות

מטעמים היו סתירות ביחס לשנה המדויקת שבה בוצעה העסקה, העדרו של מסמך בכתב, ואי-דיווח על העסקה לרשויות המס.

אשר לחוזה שנחתם בשנת 2017, נקבע כי החוזה בטל ביחס למחצית משטח הגג, שכן המשיבה לא הייתה רשאית כלל למכור את נכסי העזבון לאחר שמונה להם נאמן בהליך של פשיטת רגל. כן נפסק כי הואיל והחוזה מותיר בידי המשיבה רבע מן הגג – מדובר לכל היותר במכר של רבע מן הגג. אשר לרבע זה של הגג, בית המשפט המחוזי קבע כי ההסכם בוטל כדין בידי המשיבה, בעילת העושה הקבועה בסעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). לעילה זו שני יסודות מרכזיים, ובית המשפט המחוזי קבע כי שניהם התקיימו. היסוד הראשון הוא "ניצול... מצוקת המתקשר". בית המשפט קבע כי המשיבה סבלה ממצוקה כלכלית, נוכח מותו של בעלה ומינוי נאמן לנכסי עזבונו בהליך של פשיטת רגל – עניין שבא לידי ביטוי בכך שלא יכלה לטפל בתחזוקת הגג ולממן את האיטום שנדרשה לבצע. היסוד השני הוא כי "תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל". בית המשפט המחוזי קבע כי המשיבה הוכיחה, על יסוד חוות דעת שמאי שצורפה לכתב התשובה מטעם הנאמן, כי "הצמדת הגג מגלמת בתוכה את יתרת אחוזי הבניה בבניין שהינם... זכויות בניה של 70 מ"ר" (סעיף 83 לפסק הדין). הואיל וגם על פי עדותו של מערער 1 מחיר העסקה נקבע תחת ההנחה שאין אפשרות לבנות על הגג תוך ניצול של אחוזי בניה נוספים – תנאי החוזים גרועים במידה בלתי סבירה. בית המשפט הוסיף כי התרשם שמערער 1 ידע – בניגוד לטענתו – על פוטנציאל הבניה בגג, וניצל את מצוקתה הכלכלית על מנת לרכוש את הגג במחיר נמוך בהרבה ממחירו בשוק.

להשלמת התמונה, בית המשפט המחוזי ציין בסוף פסק דינו בלשון זו: "למקרה שטועה אני בניתוח עילת העושה וביישומה על המקרה דנן, הרי שלכל היותר מכרה הנתבעת לפי ההסכם עם התובע, מחצית מן הזכויות שלה בגג המוצמד, היינו רבע משטח הגג בכללותו" (סעיף 95 לפסק הדין).

4. במסגרת ערעור זה שבו הצדדים, בעיקרם של דברים, על טענותיהם בהליך קמא. המערערים טענו כי נדרש היה לקבוע כי בוצעה עסקת מכר בעל פה עוד קודם לשנת 2017. לשיטתם, נימוקיו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה אינם תומכים בתוצאה שאליה הגיע, ויש לקבוע על יסוד הראיות שהוצגו שהצדדים הסכימו בעל פה על מכירת הגג, ולא רק על שימוש והחזקה בו. כן נטען כי לא הוכח – על יסוד הראיות הקבילות שהוצגו – ששוויו של הגג במועד ביצוע העסקה היה גבוה בהרבה מהמחיר שנקבע בין

הצדדים, וכי מכירת הגג על רקע קשייה הכלכליים של המשיבה במועד הרלוונטי אינה עולה לכדי "ניצול מצוקה" לפי עילת העושק.

המשיבה, מנגד, סמכה את ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. היא סבורה כי לא הוכח שנערך הסכם בעל פה למכירת הגג קודם לחתימה על החוזה משנת 2017, וכי התקיימו יסודות עילת העושק ביחס לחוזה האחרון. לצד זאת, המשיבה מוסיפה וטוענת כי יש לדחות את הערעור גם מפני שטרם הגיע – לפי החוזה – המועד להשלמת העסקה ברישום, שכן לא התקבלה הסכמת כל הגורמים הרלוונטיים שמחזיקים בזכויות בדירה. בנוסף לכך, נטען כי הדינים החלים על העברתו של רכוש מוצמד מדירה לדירה אינם מאפשרים לפסוק את הסעדים שהתבקשו. הנאמן טען גם הוא כי לא נפלה טעות בפסק הדין, והוסיף כי בכל מקרה המשיבה לא הייתה יכולה להעביר זכויות בנכסי העזבון. כן העלה טענות ביחס למישור היחסים שבין נכסי העזבון למשיבה. כונס הנכסים הרשמי, שצורף להליך זה אך לא היה צד בהליך קמא, טען גם הוא כי לא אמורה להיות למחלוקת בין המערערים למשיבה השפעה על זכויות העזבון, גם מפני שאין מחלוקת שהסכם שנעשה בין הצדדים קבע כי השלמת העסקה כפופה להסרת העיקולים וקבלת הסכמת הצדדים השלישיים הרלוונטיים – שלא ניתנה.

יצוין כי לאחר שמיעת טענות הצדדים בדיון, ציין ההרכב כי התיק מעורר קשיים שונים, מבחינה משפטית ומעשית. בהמשך לכך הוצע לצדדים להגיע להסכמות שונות, שיאפשרו להם להגיע לתוצאה כספית או קניינית שיתכן כי לא ניתן יהיה להגיע אליה בהכרעה שיפוטית. הצדדים לא הגיעו בסופו של דבר להסכמה וביקשו כי ניתן פסק דין, וזוהי כמובן זכותם. נפנה אפוא לדיון ולהכרעה.

5. לאחר שמיעת טענות הצדדים ועיון בחומר הראיות, סבורני כי יש להורות על דחיית הערעור, אך זאת לא מטעמיה של ערכאה קמא אלא מטעמים אחרים. בתמצית, סבורני כי בין הצדדים נכרת חוזה תקף, לפיו יוצמדו שלושה רבעים מסוימים משטח גג הבניין לדירה שהייתה בבעלות המערערים. עוד סוכם כי כבר מעת עריכת ההסכם יוכלו המערערים להחזיק בגג ולהשתמש בו, וכי העסקה תושלם ברישום רק לאחר שהמשיבה תהיה זכאית על פי דין להעביר את הזכויות הרלוונטיות בגג הבניין. ברם, היות שהתנאי האחרון טרם התקיים, והמשיבה עדיין אינה מחזיקה בזכויות הרלוונטיות וממילא אינה יכולה להקנותן למערערים – עדיין לא הגיעה העת להשלים את העסקה. אשר לבקשת המערערים לאכוף את החוזה "בקירוב" או באופן חלקי, ביחס להעברת הזכויות בגג ששייכות כבר כיום למשיבה – גם עניין זה אינו אפשרי כיום מבחינה משפטית לפי דיני הקניין. הואיל והמערערים הגבילו את טענותיהם ואת הסעדים שביקשו למישור

ה"אכיפה" זה בלבד, יש לדחות את המרצת הפתיחה שהגישו, אף על פי שבין הצדדים נכרת חוזה שהמשיבה לא הייתה רשאית לבטלו.

כך בתמצית, ומכאן לנימוקים בהרחבה. זוהי מפת ההכרעה, שכוללת שלושה חלקים: ראשית, נידרש לשאלה מה היה תוכן ההסכם שערכו הצדדים בעל פה מספר שנים קודם לחתימת החוזה בשנת 2017 – שאלה שבכוחה ללמד על נסיבות כריתת החוזה האחרון. שנית, נדון בשאלה האם זכאית הייתה המשיבה לבטל את החוזה שנכרת. שלישית, נדון בסוגיית התרופות שלהן עתרו המערערים.

ב. הרקע לכריתת החוזה בכתב

6. כדי להעריך את ההסכם שכרתו הצדדים בכתב בשנת 2017, ולבחון את טענת המשיבה כי היא רשאית לבטלו בעילת העושה, יש להידרש להסכם שערכו הצדדים בעל פה כמה שנים קודם לכן. חשיבות העניין נעוצה ביכולתו של ההסכם הראשון לשפוך אור על סבירות תנאי ההסכם השני ועל כוונת הצדדים במסגרתו. לפי עמדת המשיבה, שאותה אימץ בית משפט קמא, ההסכם המוקדם היה למתן זכות שימוש והחזקה בגג בלבד. אם זהו המצב, קשה מאוד להבין את פשרו של החוזה המאוחר, שנחתם בשנת 2017. המשיבה התחייבה להעביר במסגרתו, לראשונה, בעלות בשלושה רבעים מן הגג, ללא כל תמורה נוספת מצד המערערים. החוזה נחתם מבלי שנוהל משא ומתן, אלא בעקבות טענות מצד המערערים כאילו הזכויות בגג כבר נמכרו בעבר – טענות שאינן נכונות לפי קו זה. ניתן להבין מדוע סברה ערכאה קמא כי בנסיבות כאלה רשאית המשיבה לבטל את החוזה. מנגד, שונה המצב אם ההסכם הראשון היה למכירת הזכויות בגג, וההסכם המאוחר שנחתם בשנת 2017 לא נועד אלא להשלים את דרישת הכתב, ולא להעביר זכויות נוספות מהמשיבה למערערים. במקרה כזה מוטל על המשיבה נטל כבד יותר על מנת להראות כי נפל בחוזה פגם שמאפשר לבטלו.

לגוף המחלוקת, סבורני כי עלה ביד המערערים להוכיח את טענתם, לפיה ההסכם הראשון שערכו הצדדים בעל פה מספר שנים קודם לשנת 2017 היה גם למכירת הזכויות בגג, ולא רק לשימוש והחזקה בו. אמנם כלל הוא כי ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בממצאי עובדה שנקבעו בערכאה הראשונה, אולם גם לכלל זה יוצאים מן הכלל, ולטעמי מקרה זה הוא אחד מהם. זאת, שכן נימוקיו של בית המשפט המחוזי אינם מבססים, לדעתי, את המסקנה שהוסקה מהם. בד בבד, ההכרעה לא התייחסה כלל למספר ראיות בעלות משקל שתומכות בעמדת המערערים. אפרט את הדברים.

7. בית המשפט המחוזי ביסס את מסקנתו על שלושה נימוקים. הנימוק הראשון הוא שינוי שחל בגרסת המערערים ביחס לשנה המדויקת שבה נערך ההסכם בעל פה. בהמרת הפתיחה נטען כי החוזה נערך כעשר שנים קודם לפתיחת ההליך, בשנת 2007, אך בתצהיר שהוגש מטעם מערער 1 ונחתם בשנת 2018, נטען שההסכם נערך "לפני כ-7 שנים". אכן, לו הייתה מחלוקת בקשר לעצם עריכת ההסכם, היה שינוי הגרסה עשוי לכרסם במהימנות הטענה; ברם, אין מחלוקת כי ההסכם אכן נערך מספר שנים קודם לשנת 2017, ואף המשיבה לא הציגה כל נתון אחר ביחס למועד עריכת ההסכם. בעדותה בבית המשפט המחוזי ציינה כי עמדת מערער 1 בקשר למועד עריכת ההסכם מקובלת עליה, וכי כנראה ההסכם בעל פה נערך בסוף שנת 2007 או בשנת 2008 (עמודים 28-29 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). בנסיבות אלה, לא ברור, בתשתית העובדתית של תיק זה, כיצד הגרסאות השונות ביחס למועד כריתת ההסכם בעל פה – הסכם שכריתתו אינה שנויה במחלוקת – יכולות לתמוך בגרסת אחד מן הצדדים ביחס לתוכן אותו הסכם.

הנימוק השני שניתן בפסק הדין קמא הוא העדרו של הסכם בכתב. ברם, וכפי שהובהר, אין מחלוקת כי נערך הסכם בעל פה, שתוכנו הוא ששנוי במחלוקת. העדרו של כתב מחייב אמנם את המערערים להרים את נטל השכנוע המוטל עליהם באמצעות ראיות אחרות, אולם הדבר אינו בגדר נתון עצמאי שפוגע במהימנות גרסתם. לשון אחר, הואיל וישנה הסכמה בין הצדדים כי נערך הסכם בעל פה, העדרו של מסמך כתוב אינו בגדר ראיה לחובת המערערים, אלא בגדר העדר ראיה לכאן או לכאן. הנימוק השלישי של בית המשפט המחוזי הוא אי דיווח על העסקה לרשויות המס. בדומה לנימוק שעניינו העדר כתב – גם בקשר לנימוק זה ניתן לומר כי נוכח ההסכמה שנעשה הסכם בעל פה, נתון זה הוא בגדר העדר ראיה לכאן או לכאן, ולא מדובר בראיה לחובת המערערים לעניין תוכן ההסכם.

מן הצד השני, בית המשפט המחוזי לא התייחס בהכרעתו למספר ראיות שהוצגו בהליך ושבכוחן להטות את הכף לטובת המערערים. ראשית, במסגרת חוות דעת שמאי שצירף הנאמן לתשובתו להמרצה, ונערכה בשנת 2012, מציין השמאי כי "לדברי [המשיבה] הגג הועבר לשכן ללא הסכם כתוב כלשהו תמורת הבטחתו לטפל בהוצאות האחזקה והתיקונים הדרושים... יש לבדוק נושא העברת הזכות/ההצמדה (באם התבצעה) באמצעות עורך דין". שנית, אחת מדיירות הבניין העידה במפורש בהליך קמא כי מערער 1 "אמר לנו שקנה [מהמשיבה את הגג]. אחרי זה שראיתי אותה, שאלתי אותה, לא זוכרת בדיוק כמה זמן ראיתי אותה, שבוע שבועיים, ושאלתי אותה אם היא מכרה את הגג ל[מערער 1] והיא אמרה שכן" (עמוד 10 לפרוטוקול הדיון). עדה זו ציינה כי היא והמשיבה "ידידות טובות. אני מתייחסת טוב לכולם בבניין" (שם, עמוד 9), ואין בסיס

להניח – ולמצער לא נקבע כך – כי עדותה אינה מהימנה. שלישית, ישנה סתירה בגרסת המשיבה עצמה ביחס לטיב ההסכם שנערך בעל פה. במסגרת כתב התשובה להמרצת הפתיחה נטען כי ההסכם היה למסירת "זכויות שימוש וחזקה בגג" ו"המשיבה מצידה הסכימה לתת להם רשות לשימוש וחזקה" בלבד (פסקאות 9, 11 לכתב התשובה). ברם, במסגרת עדותה בבית המשפט טענה כי העסקה הייתה ל"אופציה... אחרי שאסיים את ההליכים [המשפטיים], לראות מה אני יכולה לעשות... כשאוכל למכור לו את הגג, אשקול" (שם, עמוד 24). הגרסה לפיה העסקה כללה מעין "אופציה" קרובה יותר לגרסת המערערים, בדבר מכר שיושלם בעתיד, מאשר לגרסת המשיבה שהוצגה בכתב התשובה, לפיה דובר בזכות החזקה ושימוש בלבד.

הנה כי כן, המערערים הציגו מספר ראיות בלתי תלויות לתמיכה בגרסתם. המשיבה, מנגד, הסתפקה בעדותה, וגם בעדות זו נתגלעה סתירה ביחס למהות העסקה שנערכה. המסקנה היא שיש לאמץ את טענת המערערים כי ההסכם שערכו הצדדים בעל פה היה הסכם למכירת הזכויות בגג.

8. את ההסכם משנת 2017 יש לבחון על הרקע האמור. לא מדובר בהסכם "יש מאין" למכירת זכויות מבלי שקדם לכך דבר וללא תמורה נוספת, כפי שטענה המשיבה, אלא בחתימה על הסכם בכתב שהוא המשך ישיר של ההסכם בעל פה שערכו הצדדים קודם לכן. למעשה, מן החומר עולה כי לא זו בלבד שההסכם שנעשה בעל פה היה הסכם מכר, אלא גם שהצדדים ביצעו כמעט את כל חיוביהם לפיו: המערערים שילמו למשיבה את מלוא התמורה (27,500 ש"ח, תיקון הנזילות ואיטום הגג, ואחזקתו השוטפת), ואילו המשיבה העבירה למערערים את ההחזקה והשימוש בגג, אף כי העסקה טרם נשלמה ברישום. יתכן שבנסיבות אלה של "מעשה עשוי", "הסתמכות" או "ביצוע חלקי" (ע"א 8234/09 שם טוב נ' פרץ, פס' 26 לחוות דעתה של חברתי, הנשיאה א' חיות (21.3.2011); ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, 194 (השופט י' זמיר), 197 (השופט א' ברק) (1996)) במשך מספר שנים, היה מקום לקבוע כי יש לתת תוקף להסכם גם אם הצדדים לא היו מוסיפים וחותמים על הסכם בכתב. אין לנו צורך להידרש לשאלה זו ולהכריע בה, שכן הצדדים חתמו בסופו של דבר על הסכם כתוב, שממלא גם באופן פורמלי את דרישת הכתב ומהווה את ההסכמה המאוחרת והקובעת בין הצדדים: התחייבות למכירת שלושה רבעים מן הזכויות בגג, תמורת סכום כספי ואחזקת הגג, כאשר העסקה תושלם "לאחר מחיקת העיקולים או לאחר קבלת הסכמת הצדדים השלישיים" הרלוונטיים, כלשון החוזה.

בטרם נפנה לבחינת השאלה האם הייתה המשיבה רשאית לבטל את החוזה, נתייחס לנקודה משלימה ביחס לתוקף החוזה שעליו חתמו הצדדים. בית המשפט המחוזי קבע כי ביחס למחצית הזכויות בגג, שאינן בבעלות המשיבה אלא נכללות בנכסי עזבונו של בעלה המנוח – דין החוזה "בטלות (יחסית) ואין לו תוקף כלל שכן, לא היה בסמכות הנתבעת למכור" את חלקו של בעלה המנוח (פסקה 70 לפסק הדין). אכן, במישור הקניין המשיבה בוודאי אינה יכולה להעביר זכויות שאינן בידה. ברם, במישור החוזי אין מניעה להתחייב להעביר בעתיד זכויות שאינן מצויות בידיו של המתחייב בהווה (ראו למשל ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, 395 (2003); חיים זנדברג "עסקה בזכות אובליגטורית או בזכות במקרקעין? תכלית, לשון ואקטיביזם שיפוטי" משפטים על אתר יג 79, 84 (2020)). חוזה כזה כרוך, מטבע הדברים, בסיכון שהזכויות או הנכסים לא יגיעו בסופו של דבר לידי המתחייב. הסכם כזה אף עשוי לעורר שאלות במישורים שונים, למשל האם החוזה הוא חוזה על תנאי, או מהי התוצאה המתאימה אם הנכס מושא החוזה כלל לא הגיע בסופו של דבר לידי המתחייב. אך שאלות אלה אין פירושן כי "אין סמכות" להתחייב לערוך עסקה בנכסים שאינם מצויים בהווה בידיו של אדם, ודין התחייבות כזו בטלות. במקרנו – המשיבה התחייבה להעביר זכויות בגג, שחלקן אינו מצוי בידה עדיין, והצדדים הוסיפו כי העסקה תושלם ברישום רק כאשר הדבר יתאפשר מבחינת זכויותיהם של גורמים נוספים בדירה ובגג. בהתחייבות כזו אין כל פגם, ואין בסיס לקבוע כי החוזה תקף לכל היותר ביחס למחצית או רבע מהזכויות בגג. כמובן, ככל שעסקינן בתביעה לאכיפה או מעין אכיפה – זו אינה אפשרית בכל הנוגע לזכויות שאינן מצויות בידי המשיבה.

על רקע האמור, יש לבחון האם המשיבה הייתה רשאית לבטל את החוזה שערכו הצדדים.

ג. עושק?

9. בית המשפט המחוזי קבע כי המשיבה הוכיחה את כל יסודות עילת העושק. דעתי שונה. המשיבה – שעליה מוטל נטל השכנוע בהקשר זה – לא הוכיחה, לכל הפחות, את היסוד של חוסר שקילות התמורות. בית המשפט המחוזי נימק את הקביעה שתנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל בכך שלפי חוות דעת שמאי שהוצגה בהליך, "הצמדת הגג מגלמת בתוכה את יתרת אחוזי הבניה בבניין שהינם... יתרת זכויות בניה של 70 מ"ר" (פסקה 83 לפסק הדין). הואיל והמערער העיד כי הצדדים ערכו את העסקה תחת ההנחה שאין אפשרות לבנות על הגג – הסיק בית המשפט המחוזי כי הגג נמכר במחיר נמוך משמעותית מערך השוק שלו. קביעה זו מעוררת קושי ממשי ממספר סיבות.

ראשית ועיקר, גם בהנחה שישנן זכויות בניה שניתן לנצל על גג הבניין, אין מקום לקבוע – ודאי מבלי שהדבר נטען או הוכח – כי זכויות הבנייה נמכרו גם הן יחד עם הגג. הלכה היא כי הצמדה של גג הבניין לדירה אינה כוללת מיניה וביה גם את מכירת זכויות הבנייה על הגג, וככל שהכוונה היא להקנות גם את זכויות הבנייה יש לציין זאת במפורש בהסכם (ע"א 3451/07 קאופמן נ' כהן, פסקה 9 (18.02.2010)). אצלנו, לא זו בלבד שההסכם אינו מתייחס לזכויות הבנייה, אלא שמערער 1 ציין בעדותו כי הצדדים הניחו שאין אפשרות לבנות על הגג והעסקה כללה את הצמדת הגג לשם שימוש בו בלבד, ולא מכר של זכויות בניה (עמוד 15 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי). אשר על כן זכויות הבנייה – שלפי החומר שהוגש, הוקנו בתקנון הבית המשותף במלואן לבעלים של דירת המשיבה – לא נמכרו למערערים, אלא שייכים עדיין למשיבה ולעזובן. בנוסף לכך, רבע הגג שאמור להיות בידי המשיבה לפי החוזה גדול מ-70 מ"ר. בעליה של דירת המשיבה, בתום הליך פשיטת הרגל, יוכל אפוא לנצל את מלוא זכויות הבנייה, ככל שיש זכויות וניצולן אפשרי, לשם בניה על שטח הגג שיישאר צמוד לדירה לפי החוזה. אם כן, אין בסיס לקביעת בית המשפט המחוזי כי "הצמדת הגג מגלמת בתוכה את יתרת אחוזי הבניה בבניין", טענה שממילא לא עלתה לא מצד המערערים ולא מצד המשיבה.

בנוסף לכך, לשיטתי לא הוכח כלל כי ישנן זכויות בניה שניתן לנצל בבניין. בחוות הדעת השמאית שעליה התבסס בית המשפט המחוזי – שלא הוגשה מטעם המשיבה אלא צורפה לתשובת הנאמן, והשמאי שערך אותה לא נחקר עליה – לא נאמר שניתן לבנות על גג הבניין. להפך, צוין כי לפי חישוב השטחים שערך השמאי יש יתרת זכויות בניה של כ-71 מ"ר, אולם נאמר עוד "יתרת זכויות בניה – 71 מ"ר. קיים ספק לגבי יכולת ניצול זכויות אלו בשל מגבלות התב"ע (צפיפות) ותקנות התו"ב (ממ"ד, חניה)" (סעיף 8.6 לחוות הדעת). במילים אחרות, לא נקבע כי אכן ניתן לבנות על הגג, אלא קיים ספק בעניין זה. יתר על כן, לצד חוות הדעת האמורה, שנערכה בשנת 2017, הגיש הנאמן חוות דעת שמאית נוספת, שנערכה בשנת 2012. בחוות דעת זו צוין כי "על פי הנמסר לי בוועדה המקומית, לא קיימות זכויות לא מנוצלות במגרש וכן לא ניתן לבנות על גג הבית" (סעיף 8.2.4 לחוות הדעת). בית המשפט המחוזי לא התייחס לחוות דעת זו. לבסוף, בית המשפט המחוזי לא התייחס, במסגרת הערכת שוויו של הגג, לתיקונים שנדרשו בו בעת מכירתו לידי המערערים. האחרונים טענו כי הוציאו סכומים שגובהם עולה על עשרות אלפי שקלים לשם תיקון הנזילות בגג. המשיבה טענה בצדק כי הקבלות שצירפו אינן תומכות בטענה זו, אולם אין מחלוקת על כך שהגג הצריך תחזוקה, וחלק מהתמורה ששילמו המשיבים במסגרת ההסכם בין הצדדים הייתה ביצוע התיקונים הנדרשים. בחוות דעת השמאי משנת 2012 אף נכתב כי "סביר להניח כי תרומת פוטנציאל

הגג לדירה הנישומה, הן כאופציה למרפסת באם תאושר והן כפוטנציאל עתידי... הינה נמוכה ואף מתקזזת מול עלות האחזקה השוטפת. לפיכך להערכתי תרומת הצמדת הגג אינה משמעותית". נתון זה לא קיבל ביטוי במסגרת ההכרעה. בנסיבות אלה סבורני כי לא הוכחה במידה הדרושה הטענה שישנן זכויות בנייה שניתן לנצלן על הגג, ובכל מקרה – עולה כי הגג נמכר למערערים ללא זכויות בנייה כלשהן.

10. המסקנה מכל האמור היא כי המשיבה לא הוכיחה שבמועד הרלוונטי התמורה שקיבלה הייתה נמוכה במידה בלתי סבירה מהמקובל. בנסיבות אלה אין צורך להידרש לשאלת המצוקה וניצולה, שכן התנאים שקבועים בסעיף 18 לחוק החוזים הם תנאים מצטברים, ודי באי הוכחת אחד מהם. נסתפק בכך שלפי ההלכה הפסוקה תנאי זה אינו פשוט להוכחה, וספק רב אם די בטענת המשיבה בדבר מצוקה כלכלית – שהתבטאה בחוסר יכולת לדאוג לתחזוקת הגג – כדי לעמוד בדרישת סעיף 18 לחוק (ראו למשל ע"א 395/83 שלום נ' יכין חק"ל, פ"ד לט(2) 737, 741 (1985); גבריאלה שלו ואפי צמח דינים חוזים 436 (מהד' רביעית, 2019)). מכל מקום, העיקר הוא שלא הוכח כי תמורות החוזה לא היו שקולות בעת עריכתו ובעת ביצועו החלקי.

בשולי הדיון נתייחס לשאלת האפשרות להורות על בטלות החוזה מחמת פסול שדבק בו, לפי סעיף 30 לחוק החוזים שכותרתו "חוזה פסול". לפי גרסת המערערים, החוזה שנחתם בשנת 2017 אינו מזכיר את הסכום של 27,500 ש"ח שקיבלה המשיבה כחלק מהתמורה עבור הגג. אין מחלוקת בין הצדדים כי סכום זה הועבר לידי המשיבה, ומערער 1 העיד כי העניין לא הוזכר בחוזה מפני שהמשיבה חששה כי יהיה עליה לשלם חלק מן הסכום לנאמן. מצב כזה, שבו חלק מההסכמה האמתית בין הצדדים הוסווה באמצעות חוזה למראית עין, מכונה "סימולציה יחסית". כאן מראית העין נועדה להעלים תשלום שאולי מגיע לנושי העזבון. לפי חלק מהגישות שהוצגו בפסיקה, במקרים מעין אלה יש לבחון האם לנוכח המטרה הפסולה שלשמה נועדה מראית העין, יש להורות על בטלות החוזה (לסקירת הגישות השונות ראו ע"א 7561/20 דראושה נ' דראושה, פסקאות 5-6 לחוות דעתי (20.12.2021); איל זמיר ומיכאל כהן "חוזה פסול, חוזה למראית עין או חוזה פסול למראית עין? (בשולי ע"א 4305/10 אילן נ' לוי)" משפטים מה 251 (התשע"ה)). אין צורך להאריך בעניין, שכן סבורני כי לפי כל הגישות – גם אם אכן ביקשה המשיבה להשמיט את הסכום שקיבלה מן ההסכם, אין מקום להורות על בטלותו. זאת שכן לא ברור כלל האם בנסיבות העניין אכן נעשה מעשה בלתי חוקי; האם תנאיו של החוזה שנכרת אכן חייבו את המשיבה להעביר חלק מן הסכום לידי מנהל העזבון; המערערים כבר ביצעו לפני מספר שנים את חיוביהם על פי החוזה; ההיקף הזניח, יחסית,

של הסכומים המדוברים; והעובדה שהשמטת הסכום מן החוזה נעשתה, לכאורה, לבקשת המשיבה. לכן אין לאפשר לה "ליהנות" מכך ולבטל את החוזה על סמך נתון זה.

המסקנה עד כאן היא שהחוזה שנחתם הוא בעל תוקף, ואין בסיס לבטלו. ומכאן לשאלת הסעדים שביקשו המערערים בהמרצת הפתיחה.

T. התרופה

11. כזכור, המערערים ביקשו שני סעדים: הצהרה כי הם זכאים להירשם כבעלים של שלושה רבעים משטח הגג, ותיקון צו רישום הבית המשותף כך שהגג יוצמד לדירת המערערים. ברם, אין מקום לפסיקת סעדים אלה בעת הנוכחית. המערערים אינם זכאים כיום להירשם כבעלים של שלושה רבעים משטח הגג, שהרי – כפי שנאמר במפורש בחוזה – איננו מצויים בשלב ש"לאחר מחיקת העיקולים או לאחר קבלת הסכמת הצדדים השלישיים", כלשון המבוא לחוזה וסעיף 2 לו. מעדותו של מערער 1 עולה כי המשיבה הצהירה פעמים רבות שמתנהלים הליכים משפטיים בנוגע לדירה, ועד לסיומם היא לא תוכל להשלים את העסקה. מסיבה זו נוסף לחוזה הנוסח האמור. ההליכים המשפטיים עדיין מתנהלים, ולא התקבלו הסכמות מיתר בעלי הזכויות הרלוונטיים. לכן המערערים אינם זכאים בשלב זה, לפי החוזה, להירשם כבעלים של חלק משטח הגג. ובכל מקרה – וללא קשר למועד השלמת העסקה שקבעו הצדדים – לא ניתן לאכוף את החוזה, ולו מפני שהזכויות בשלושה רבעים מן הגג אינן בידי המשיבה. ההתחייבות אינה ניתנת לקיום כעת, ואין מקום להורות על אכיפתה (ראו סעיף 3(1) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970).

12. בכתב הערעור ביקשו המערערים סעד שלא ביקשו בהמרצת הפתיחה: אכיפה של חלק מן ההסכם בלבד, דהיינו הוראה למשיבה להעביר לידי המערערים את אותו חלק של הזכויות בגג שמצוי כיום בבעלותה בלבד – בעלות בחצי מן הגג או לכל הפחות ברבע ממנו. ואולם גם אם הייתי מניח כי המערערים רשאים לבקש סעד חלופי זה בערעור, מבחינה דיונית ומבחינת הדין המהותי, לא היה בכך כדי לסייע להם. אסביר קביעה זו.

בראש ובראשונה, למשיבה אין חלק "מסוים" בגג שמצוי בבעלותה הבלעדית. הגג מוצמד לדירה שבה יש למשיבה מחצית מזכותה הבעלות, ולכן למשיבה יש גם מחצית מן הזכויות בגג. על פי דין, "מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין ואין לשום שותף חלק מסוים בהם"

(סעיף 27 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969). במילים אחרות, כל חלק מסוים של הגג – ובכלל זה כל רבע שלו – שייך לא רק למשיבה אלא גם לנכסי העזבון, שמנוהל בהליך פשיטת רגל. הנאמן לנכסי העזבון אינו מסכים, כפי שהובהר בתגובותיו, להעברת זכויות כלשהן של העזבון לידי המערערים. זוהי כמובן זכותו. היות שהמשיבה אינה יכולה להעביר זכויות של אחר, אין היא יכולה להעביר במצב הנוכחי זכויות כלשהן בחלק מסוים של הגג, שכן כל חלק מסוים שייך גם לנכסי העזבון.

שנית, אף אין אפשרות להעביר לידי המערערים את החלק ה"בלתי מסוים" של המשיבה בגג. פירושה של פעולה כזו הוא שחלק בלתי מסוים של הגג יוצמד לדירת המערערים, וחלק בלתי מסוים אחר יישאר צמוד לדירת המשיבה. בניסוח אחר, הגג יהיה מוצמד בו זמנית לשתי דירות. ברם, הדין אינו מאפשר להצמיד את אותו חלק מסוים של הרכוש המשותף לשתי דירות גם יחד. הרכוש המשותף יכול להיות מוצמד לדירה אחת או לכלל הדירות בבית המשותף, ותו לא. כך עולה מסעיף 55(ג) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, שקובע: "בעלי הדירות רשאים לקבוע בתקנון... שחלק מסוים של הרכוש המשותף יהיה צמוד לדירה פלונית... הוצמד חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, לא יחולו עליו הוראות פרק זה בנוגע לרכוש המשותף, ודינו לכל דבר כדין הדירה שאליה הוצמד" (ההדגשות אינן במקור). מלשון הסעיף עולה כי ניתן להצמיד את אותו חלק מסוים של הרכוש לדירה אחת בלבד, שכן מרגע ההצמדה רואים את הרכוש כחלק מהדירה שאליה הוצמד. כשם שחדר בדירה אינו יכול להיות משוייך בו זמנית ובמשותף לשתי דירות, כך גם רכוש משותף שהוצמד לדירה:

"היכולת להצמיד חלקים מן הרכוש המשותף לדירות שבבית המשותף היא בבחינת חריג לכלל האוסר על עסקאות ברכוש המשותף שאינן חלות גם על הדירות... כן לא מאפשר החריג הזה הצמדה של חלק מן הרכוש המשותף ליותר מאשר דירה אחת. הצמדה של חלק מוגדר מן הרכוש המשותף לבעלים של שתי דירות, תהפוך את החלק המוצמד לנתון בבעלות משותפת, וכשם שאי אפשר שחדר אחד בלבד מתוך דירה יהא בבעלות משותפת כך אין דבר זה אפשרי בחלק שהוצמד לדירה, שעליו נאמר בחוק שדינו לכל דבר כדין הדירה שאליה הוצמד" (יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 410 (1997)).

המשיבה אינה יכולה אפוא להעביר לידי המערערים – ולמעשה להצמיד לדירה אחרת בבניין – את החלק הבלתי מסוים של הגג שבבעלותה, כאשר חלק בלתי מסוים אחר נותר צמוד לדירת המשיבה. ובכל מקרה, תוצאה כזו אינה אפשרית גם מן הטעם שלמשיבה עדיין יש בעלות במחצית מדירתה. ברם, לא ניתן להפריד בין הבעלות בדירה והבעלות ברכוש המשותף שהוצמד אליה. גם אם אפשר היה להצמיד את הגג לשתי דירות בחלקים בלתי מסוימים, עדיין היה נוצר מצב – שאינו אפשרי על פי הוראות הדין – לפיו למשיבה

מחצית מן הזכויות בדירה אך אין זכויות במחצית הגג המוצמד לדירה. אם נשוב לדוגמת החדר (ולפי סעיף 55(ג) לחוק המקרקעין דין רכוש שהוצמד כדין יתר חלקי הדירה), כשם שלא ניתן לקבוע מינונים שונים של בעלויות בחדרים שונים של הבית, כך לא ניתן לקבוע מינונים שונים של בעלויות בחדרי הבית לעומת הגג שהוצמד אליו. לכן בין כה וכה אין כיום כל אפשרות להורות כי למערערים יהיו זכויות בעלות כלשהן בגג הבניין.

13. האכיפה, על כל צורותיה, אינה אפשרית כיום. מהן תוצאותיה של מסקנה זו? מה דינו של חוזה תקף שלא ניתן לממשו בנקודת זמן מסוימת? התשובה לשאלה האחרונה עשויה להשתנות ממקרה למקרה ומנסיבות לנסיבות. לעיתים, למשל, ניתן יהיה לקבוע כי מדובר בחוזה על תנאי, שלא התקיים. בפעמים אחרות אי קיום החוזה יעלה לכדי הפרה שלו. גם הסעדים יכולים להיות מגוונים, החל מביטול והשבה ועד לתשלום פיצויים מסוגים שונים. דא עקא, המערערים לא התייחסו לכל אלה במסגרת התובענה שהגישו והתרופות שביקשו. הם הגבילו את הטיעון והסעד לתרחיש שבו החוזה תקף וניתן לאכפו – הצהרה על בעלות ותיקון הרישום. כאמור בפתיחתה לחוות הדעת, ההכרעה בהליך זה מצויה לא רק במפגש בין דיני החוזים ודיני הקניין, אלא גם בין אלה וסדרי הדין. האחרונים קובעים כי התובע הוא שקובע את היקף התביעה והסעדים. הואיל והתובענה הוגבלה לסעדים אכיפתיים, מועד האכיפה טרם הגיע, ואכיפה חלקית אינה אפשרית – יש לדחות את התובענה הגם שהחוזה בין הצדדים עומד בשלב זה בתוקף.

כפי שהוזכר, בסיום הדיון הציע ההרכב לצדדים להגיע לפשרה מוסכמת. יתרונה של פשרה כזו הוא, בין היתר, בכך שבאמצעות הסכמה ניתן לפתור חלק מן הבעיות הקנייניות שהוזכרו לעיל. כך, לדוגמא, לו הייתה הסכמה בין כלל הגורמים ניתן היה לחלק את שטח הגג למספר שטחים מסוימים – בהתאם לפרוצדורה הנדרשת – ולהצמיד כל אחד מהשטחים המסוימים הללו לדירה אחרת בבניין, ולו, למשל, תוך תשלום כספי נוסף לשם סיום סופי של כלל המחלוקות בין הצדדים. כאמור, פתרון כזה אינו אפשרי כאן ככל שהגג הוא בגדר "יחידה אחת". ברם, ככל שיחולק הגג בהסכמה למספר "יחידות" נפרדות לא יהיה קושי להצמיד באופן מלא כל יחידה לדירה אחרת. זאת בדומה למגרש חניה רחב, שחולק למספר חניות מסוימות שכל אחת מהן מוצמדת לדירה אחרת בבית המשותף. ואם נשוב לדוגמת החדר – חלוקת הגג למספר יחידות מסוימות שקולה לפיצול חלל למספר חדרים, שכל אחד מהם חובר באופן מלא לדירה אחרת בבניין והפך לחלק ממנה. כל זה היה אפשרי, כאמור, לו הייתה ניתנת הסכמת כל הצדדים שמחזיקים בזכויות בדירת המשיבה ובגג. אולם הסכמה כזו לא ניתנה, ונוכח מצב הזכויות בדירת המשיבה – בעלות משותפת בכל שטח הגג בחלקים בלתי מסוימים – אין כיום אפשרות משפטית להגיע לתוצאה כזו ללא הסכמה. יש להצר אפוא על כך שהצדדים לא הגיעו

לידי הסכמה שהייתה מייתרת את הצורך בהכרעה בהליך זה. אוסיף כי פסק דין זה אינו מסיים בהכרח את כלל המחלוקות בין הצדדים בעניין הגג, ובנסיבות אלה נראה שיש מקום כי הצדדים ישקלו פעם נוספת פתרון מוסכם כזה או אחר, באופן שעשוי להשיא את רווחתם של כל הצדדים להליך.

14. סוף דבר, אציע לחברותיי כי נדחה את הערעור, אך זאת לא מן הטעם שהמשיבה ביטלה כדין את החוזה שנחתם בין הצדדים, אלא משום שלפי הסכמת הצדדים טרם הגיע המועד להשלמת העסקה שערכו הצדדים, ובשלב זה אף אין אפשרות להשלימה באופן חלקי. נוכח תוצאה זו וההשתלשלות הדיונית, אציע כי כל צד יישא בהוצאותיו בהליך זה, ולא נתערב בהוצאות שנפסקו – בסכום לא גבוה – לטובת המשיבה והנאמן בהליך קמא.

המשנה לנשיאה (בדימוס)

הנשיאה א' חיות:

1. אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי, המשנה לנשיאה (בדימוס), נ' הנדל, לפיה דין הערעור להידחות. כמותו אני סבורה כי בין הצדדים השתכלל הסכם לפיו התחייבה המשיבה להעביר לבעלות המערערים שלושה רבעים משטח הגג המוצמד לדירתה וכן לפעול לתיקון צו הבית המשותף כך שיוכלו לרשום זכויות אלה על שמם. ההתחייבות לנקוט בפעולות הדרושות לצורך רישום הזכויות בגג על שם המערערים הותנתה בכך שיוסרו העיקולים שנרשמו על דירת המשיבה וכן בקבלת הסכמתם של צדדים שלישיים הנוגעים בדבר. תנאים אלו טרם הבשילו, בין היתר מהטעם שהליך פשיטת הרגל המתנהל בעניינו של בעלה המנוח של המשיבה, ובכלל זה בעניין הדירה שבבעלותם המשותפת, עודנו תלוי ועומד. במצב דברים זה, לא היה מקום להעניק למערערים את הסעד ההצהרתי שביקשו ולפיו הם זכאים להירשם כבעלים של שלושה רבעים משטח הגג ואף לא להורות על תיקון צו רישום הבית המשותף כך שהגג יוצמד לדירתם.

2. עיקר נימוקיו של חברי מקובלים עליי, אך מצאתי מקום להעיר הערות אחדות להבהרת עמדתי.

שלוש שאלות מרכזיות מתעוררות בהליך שלפנינו: האחת, נוגעת לתוכנם של ההסכמים שכרתו הצדדים – ההסכם הכתוב שערכו בשנת 2017 (להלן: ההסכם הכתוב) וההסכם בעל פה שערכו ביניהם שנים מספר קודם לכן (להלן: ההסכם בעל פה) – ויחסי הגומלין ביניהם; השנייה, האם ההסכמים בעלי תוקף מחייב; השלישית, האם בהנחה שההסכמים או איזה מהם תקפים רשאית הייתה המשיבה לבטל את ההסכם הכתוב בעילת העושה כפי שטענה המשיבה וכפי שקבע בית המשפט קמא.

כדי להכריע בשאלות הללו, יש לעמוד על נסיבות ההתקשרות ועל טיבן ומהותן של ההתחייבויות שנטלו על עצמם הצדדים במסגרת ההסכמים.

3. כאמור בחוות דעתו המקיפה של חברי, עיקר המחלוקת בין המשיבה ובין המערערים נוגע לתוכנו של ההסכם בעל פה, למהות ההתחייבות שעמדה ביסוד ההסכמות ולנסיבות ההתקשרות. חברי סבור כי חומר הראיות שבתיק מלמד על כך שהמשיבה התחייבה כבר במסגרת ההסכם בעל פה למכור למערערים את הגג ולא להקנות להם זכות שימוש והחזקה בלבד, וכן כי ההסכם בעל פה יש בכוחו לשפוך אור על ההסכם הכתוב.

4. ככל שהדבר נוגע למישור העובדתי – להבדיל מסוגיית הנפקות המשפטית של ההסכם בעל פה – דעתי כדעת חברי.

אל מול גרסתם של המערערים, שנתמכה בהסכם הכתוב, ולפיה המשיבה מכרה להם את הבעלות בגג, המשיבה טענה כי העבירה להם "זכות שימוש והחזקה" בגג בלבד. המשיבה אישרה שהרקע להסכם בעל פה היה מצבו הרעוע של הגג שהצריך פעולות תחזוקה שוטפות ואיטום בעלויות גבוהות שבהן לא יכלה לעמוד בשל מצבה הכלכלי. המשיבה לא סיפקה גרסה עובדתית מפורטת באשר לטיבן והיקפן של ההתחייבויות אשר לטענתה סוכמו בסופו של דבר בהסכם בעל פה ובהקשר זה, אף אישרה שקיבלה לידיה תמורה כספית של 27,500 ש"ח, אך לא ציינה בעבור מה שולמה לה התמורה – לא בתצחיר מטעמה ולא בעדותה. המשיבה אף לא ידעה להסביר מדוע לא נתחמה בזמן זכות השימוש וההחזקה בגג שהעניקה, כביכול, למערערים. קשה להלום, כי המערערים הסכימו להתקשר בהסכם שמכוחו התחייבו לשלם למשיבה מראש עשרות אלפי שקלים ולשאת בעלויות שוטפות הכרוכות באיטום הגג, תוך שהם מותירים בידי המשיבה את הזכות לסלק את ידם מן הגג בכל רגע נתון.

זאת ועוד – מאז שהצדדים התקשרו בהסכם בעל פה, המערערים נהגו משך שנים מנהג בעלים בגג בידיעתה ובהסכמתה של המשיבה. בתוך כך, אין מחלוקת כי המערערים נשאו בעלויות התחזוקה השוטפות של הגג, השביחו אותו ואף הגישו, על דעתה של

המשיבה, בקשה להיתר בניה לוועדה המקומית לתכנון ולבניה לצורך הגבהת מעקה הגג. בנוסף, בזמן אמת, ובטרם פרץ הסכסוך המשפטי נושא דיוננו, המשיבה העידה בפני שמאים שהגיעו לאמוד את שווי דירתה במסגרת הליך פשיטת הרגל כי "הגג הועבר" למערערים וכי אין ברשותה מפתחות או גישה אל הגג. בחוות הדעת השמאית משנת 2012 שצורפה על ידי המשיבה להליכים בענייננו, אף צוין כי "בנסח הטאבו רשומה הצמדה של גג בשטח 427.1 מ"ר אך בפועל נמסר לי כי הצמדה זו ניתנה לשכן וכן ניכר כי הגג מצוי בשימוש". דברים אלו, בצירוף הראיות שעליהן עמד חברי (בסעיף 7 לחוות דעתו) אכן מטים את הכף לעבר המסקנה כי מבין הגרסאות השונות שהציגו הצדדים באשר לתוכנו של ההסכם שערכו בעל פה – גרסת המערערים עדיפה.

5. מסקנה זו מתחדדת בעיקר בשים לב לכך שהצדדים חתמו בסופו של יום על הסכם כתוב, כנדרש בדין, ובו עיגנו את התחייבות המשיבה להעביר את הזכויות בגג לבעלות המערערים ולהשלים את העסקה במרשם. אמת, ההסכם הכתוב אינו מזכיר עובדות מהותיות ובכלל זה את העובדה שהחזקה בגג הועברה לידי המערערים מספר שנים לפני שנערך ההסכם הכתוב, כמו גם את העובדה שהמשיבה קיבלה תמורה כספית בסך 27,500 ש"ח. עם זאת, עובדות אלו אינן שנויות במחלוקת. עיון בהוראות ההסכם הכתוב מעלה כי למעשה הוא נועד להסדיר בעיקר את פעולות ההמשך הנדרשות לצורך העברת הזכויות בגג על שמם של המערערים, בתנאי שהמגבלות המשפטיות – בדמות עיקולים והצורך בהסכמות של צדדים שלישיים – תוסרנה.

וכך צוין בהסכם –

"הקונים מעוניינים לרכוש מן המוכר את הגג המוצמד לדירה באופן שבהמשך, לאחר מחיקת העיקולים או לאחר קבלת הסכמות הצדדים השלישיים כמפורט בנסח הטאבו שמצ"ב, יתוקן הבית המשותף באופן הבא: גג בשטח רשום של 427.10 מ"ר הצמוד לדירה והמסומן א' בתשריט הבית המשותף, יוצמד לדירת הקונים הידועה כתת חלקה נס' 23 בחלקה 148 בגוש 16663, הכל בהתאם לתנאי הסכם זה"

ובהמשך –

"המוכר מצהיר כי היות וקיימים עיקולים לטובת צדדים שלישיים לרבות צו ניהול ע"י מנהל עזבון כמו גם משכנתא לטובת בנק לאומי, כי אז שישנה מניעה לבצע תיקון] של הבית המשותף אולם הוא מתחייב לחתום כבר עתה על כל המסמכים הדרושים לתיקון רישום צו הבית המשותף לצורך העברת הצמדת הגג לדירתם של הקונים, וכן לפעול לקבלת כתבי הסכמה לתיקון הבית המשותף מהצדדים השלישיים המפורטים בנסח הטאבו".

ועוד בהמשך –

"הקונים מצהירים כי מודעים לעיקולים ולזכויות הצדדים השלישיים כאמור ומבינים כי ביצוע תיקון צו הבית המשותף יעשה רק לאחר מחיקת העיקולים ו/או קבלת כתבי הסכמה מהצדדים השלישיים המפורטים בנסח הטאבו".

6. עוד יש להוסיף כי במסגרת ההליך קמא התברר כי המשיבה ביקשה לשנות את נוסחו של ההסכם הכתוב ולקבוע כי רבע מן הגג (המצוי בשטח הפיזי שמעל דירתה) יוותר בבעלותה והמערערים ניאותרו לכך. בהתאם, נוספה בהסכם הפסקה הבאה - "אני עוזר שמעון מתחייב להשאיר את החלק היחסי הצמוד לגג הבית של עדנה ויצמן בבעלות עדנה ויצמן" והמשיבה אישרה את הדברים (ראו, פרוטוקול הדיון בעמוד 27 שורות 14-18).

7. כפי שציין חברי, ההסכם הכתוב – שבו עוגנה באופן מפורש ומחייב הסכמתה המותנית של המשיבה להעביר למערערים את הבעלות בשלושה רבעים מסוימים מן הגג ולנקוט בפעולות המשפטיות הדרושות לצורך כך – לא נוצר יש מאין. מדובר בהסכם שבא, כאמור, על רקע ההסכמות שהושגו בין הצדדים בעל פה שנים אחדות קודם לכן ואשר על פיהן נהגו לאורך כל השנים עד להתקשרות בהסכם הכתוב. ההסכם בעל פה, אף שלהשקפתי הוא משולל תוקף משפטי ואינו משכלל את עסקת המכר, יש בו עם זאת כדי ללמד על הנסיבות שאפפו את ההתקשרות בהסכם הכתוב, וכן על אומד דעתם ועל גמירות דעתם של הצדדים להתקשר בהסכם כתוב ומחייב למכירת הגג.

8. המשיבה טענה כי ההסכם שנערך בעל פה משולל תוקף מהטעם שעסקה במקרקעין טעונה כתב. טענה זו אין בכוחה לסייע לה משעה שהצדדים חתמו על הסכם כתוב המשקף את עסקת המכר והעונה על דרישת הכתב. לכל היותר, יכול שתהא לכך השלכה על שאלת מועד הכריתה. אכן, השאלה מתי נכנסה לתוקף ההתחייבות למכור את הבעלות בגג – האם בעת ההסכמות שהושגו בין הצדדים בעל פה או שמא במועד החתימה על ההסכם הכתוב – עשויה להיות לה נפקות במישור הסעדים שלהם זכאי מי מהם בנסיבות העניין. ואולם, בשים לב לסעדים שהתבקשו על ידי המערערים בהליכים נושא דיוננו, שאלת מועד הכריתה אינה צריכה הכרעה.

בפסקה 8 לחוות דעתו ציין חברי, המשנה לנשיאה (בדימוס) הנדל, כי יתכן שבנסיבות העניין "היה מקום לקבוע כי יש לתת תוקף להסכם גם אם הצדדים לא היו מוסיפים וחותמים על הסכם בכתב". בין היתר, הפנה חברי בהקשר זה לע"א 8234/09 שם טוב נ' פרץ, פ"ד סד(3) 60 (2011) ולחוות דעתי שם. בעקבות דבריו אלה של חברי ראיתי להדגיש כי לגישתי אין הנדון דומה לראיה וכי אלמלא נחתם בין הצדדים חוזה כתוב, הייתי בהחלט מתקשה לקבוע כי קיימת במקרה דנן התקשרות בעסקת מקרקעין

תקפה ומחייבת למכר הזכויות בגג. זאת שכן המקרה דנן רחוק כרחוק מזרח ממערב מאותם מקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם הכירה הפסיקה באפשרות לסטות מדרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין. דרישה זו – אף שרוככה עם השנים – אינה דרישה ראייתית או פורמאלית גרידא אלא דרישה מהותית קונסטיטוטית אשר בקיומה מותנה תוקפה המשפטי והמחייב של העסקה (ראו, למשל: ע"א 7424/15 חליליה נ' יורשי המנוח מוחמד וחייד (11.9.2017) והאסמכתאות הנזכרות בפסקה 10 לחוות דעתו של השופט י' עמית; וראו גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 266 (מהדורה רביעית, 2019) (להלן: שלו וצמח)). תכליתה של דרישת הכתב בעסקאות במקרקעין היא לקדם את הוודאות לא רק ביחס לשאלת עצם ההתקשרות של הצדדים בהסכם אלא גם ביחס לשאלת תוכנו ותנאיו, בהינתן הזכויות כבדות המשקל אשר עומדות ביסוד עסקאות מסוג זה. בענייננו, העובדה שהצדדים התקשרו בעל פה, ללא ייצוג ומבלי להבין את ההשלכות המשפטיות של התקשרותם, הולידה בסופו של יום את המחלוקת בעניין תכנו של ההסכם. מחלוקת זו וה"פלונטר" המשפטי שנגרם בענייננו, אך מדגישים את חשיבותה של דרישת הכתב ואת המסקנה כי אין מקום לעודד התקשרויות בעל פה בעסקאות מסוג זה בדרך של תוספת ריכוך לדרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין.

9. המשיבה והנאמן הוסיפו וטענו כי ההתחייבות להקנות למערערים זכויות בגג – בין אם נעשתה מכוח ההסכם בעל פה ובין אם מכוח ההסכם הכתוב – אינה אפשרית ואף מנוגדת לדין שעה שהמשיבה הייתה בעלת מחצית הזכויות בגג בלבד, ואילו באשר ליתר הזכויות בגג מתנהל הליך פשיטת רגל.

טענה זו נדחתה על ידי חברי, המשנה לנשיאה (בדימוס) הנדל, וגם בנקודה זו אני שותפה למסקנתו. עיון בעדויות הצדדים ובהוראותיו המפורשות של ההסכם הכתוב, כנזכר לעיל, מוליך למסקנה כי הצדדים היו מודעים לעובדה שהמשיבה מחזיקה במחצית הזכויות בגג, לכך שהינה יורשת של זכויות המנוח, וכי על הדירה רובצים עיקולים וכן מתנהל הליך פשיטת רגל העשוי להשליך על הזכויות בדירה. המערערים אף העידו בהליך קמא כי המשיבה יידעה אותם בדבר עיקולים לטובת צדדים שלישיים וכי עד שאלו לא יוסרו, לא ניתן יהיה להשלים את העסקה ולרשום את הגג במרשם על שמם (עמוד 13 לפרוטוקול הדיון בשורות 3-4 ושורות 14-16; עמוד 14 לפרוטוקול הדיון בשורות 13-12).

10. עובדות אלו, הן שעמדו ביסוד ההסכמות החוזיות בענייננו ומההסכם הכתוב משתקף כי המשיבה התחייבה להקנות למערערים שלושה רבעים מן הבעלות בגג ולפעול לתיקון צו הבית המשותף על מנת שניתן יהיה לרשום זכויות אלה על שם המערערים, אם וכאשר יוסר המכשול המשפטי שמקורו בעיקולים הרובצים על הדירה ובהליכי פשיטת

הרגל התלויים ועומדים. התחייבות מעין זו, שהיא למעשה התחייבות על תנאי, אפשרית לפי הדין הנוהג עמנו ואין כל הצדקה שלא להכיר בתוקפה המשפטי (על האפשרות להתקשר בעסקה עתידית במקרקעין אף שבעת יצירת ההתחייבות אין המוכר בעלים בזכויות המקרקעין, ראו, למשל: ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקוליניאל חברה בע"מ פ"ד נז(2) 385 (2003); וראו גם ע"א 6439/99 טפחות בנק למשכנתאות בישראל נ' בניסטי, פ"ד נח(2) 106 (2003)).

11. השאלה המרכזית השלישית שהתעוררה בענייננו נוגעת לעילת העושק שהעלתה המשיבה.

חברי סבור כי בענייננו לא הוכח שתנאי ההסכם היו גרועים מהמקובל ודי בכך כדי לקבוע כי לא התקיימה עילת העושק. בהקשר זה צוין כי בית המשפט קמא סבר שעילת העושק התקיימה על בסיס ההנחה כי הצמדת הגג מגלמת בתוכה זכויות בנייה של 70 מ"ר, ועל כן התמורה שהשתלמה בעד הגג לא שיקפה נאמנה את שוויו של הגג. ואולם, לגישת חברי, חומר הראיות בתיק מעלה כי לא הוכח כלל שישנן זכויות בנייה בלתי מנוצלות בבניין ומכל מקום, אין להניח כי הגג נמכר עם זכויות בנייה כלשהן. עמדת חברי בעניין זה מקובלת עליי.

12. למעלה מן הצורך אעיר כי לטעמי קיימת אינדיקציה מובהקת נוספת לכך שעילת העושק אינה מתקיימת בענייננו, והיא נוגעת ליסוד המצוקה. הפסיקה והספרות התייחסו ליסוד ה"מצוקה" בעילת העושק כ"מצב של צרה ודוחק שאליו נקלע המתקשר" (רע"א 617/08 מלון עדן נהריה בע"מ נ' קסל, פסקה 28 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר (21.9.2014); שלו וצמח בעמ' 346). עוד צוין כי מצוקה, איננה מצב של עוני ומחסור או אי נוחות הנגרמת עקב הצורך להתמודד עם קשיים כלכליים, "אלא שינוי פתאומי המביא ללחץ – כלכלי או פסיכולוגי – חמור" (שלו וצמח, שם) ועל הטוען לה להצביע על מצוקה כבדת משקל וממשית, כזו "שהסיטה את שיקול דעתו של העשוק והביאה לסטייה של ממש מנתיבו הנכון" (ראו, מני רבים: ע"א 5806/02 ארביב נ' קרני, פ"ד נח(5) 193, 199 (2004)).

תנאים אלו לא התקיימו בענייננו.

13. המשיבה ביססה את טענתה למצוקה בציינה כי המערערים "ניצלו בשעתו את המצוקה הכספית שבעלי המנוח נקלע אליה ואשר השפיעה גם על מצבי לאחר פטירתו, באופן שלא היה באפשרותי לאטום את הגג מפני נזילות" (פסקה 10 לתצהיר המשיבה). המצוקה לה טענה המשיבה – ושבעטיה ביקשה לבטל את ההסכם הכתוב – התייחסה, איפוא, לנקודת הזמן שקדמה למועד ההסכמות בעל-פה. ואולם, המועד הקובע לבחינת

עילת העושק הוא מועד ההתקשרות בהסכם שלגביו נטענה עילת הביטול, ובענייננו – מועד חתימת הצדדים על ההסכם הכתוב, עליו חתמו הצדדים כעשור לערך לאחר פטירת בעלה המנוח של המשיבה. במועד זה, אין מחלוקת כי המערערים כבר נשאו בעלויות איטום הגג, טיפלו בנזילות שדלפו ממנו והעבירו לידי המשיבה תמורה כספית של 27,500 ש"ח. במצב דברים זה, ומבלי להקל ראש בקשיים הכלכליים שעמם נאלצת המשיבה להתמודד, לא היה מקום לקבוע כי בעת החתימה על ההסכם הכתוב המשיבה הייתה שרויה במצוקה לה טענה מלכתחילה. ממילא אין בסיס לקביעה כי המערערים ניצלו את אותה מצוקה. זאת ועוד – כפי שכבר צוין, במעמד החתימה על ההסכם הכתוב הצדדים קיימו שיג ושיח שבמסגרתו ביקשה המשיבה לשנות את נוסח ההסכם ולהוסיף בכתב יד כי החלק היחסי בגג המצוי מעל דירתה, יוותר ברשותה ודרישתה זו נענתה. נסיבה זו, כמו גם העובדה שהצדדים נהגו משך שנים ארוכות בהתאם להסכמות בעל פה ביניהם, מעידות על כך שלא נפל פגם ברצונה החופשי של המשיבה להתקשר בהסכם הכתוב, באופן המקים לה עילה לבטלו בשל עושק.

14. סיכומם של דברים – בין הצדדים השתכלל הסכם מחייב בכתב שהותנה בתוצאות ההליכים המשפטיים המתנהלים בעניינו של בעלה המנוח של המשיבה, ומהטעמים שמנה חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) ושמנתי אני לעיל, המשיבה לא הייתה רשאית לבטלו בעילת העושק. עם זאת, התחייבות המשיבה להקנות למערערים חלק מהגג הצמוד לדירתם הותנתה בהסרת העיקולים ובקבלת הסכמתם של גורמים שלישיים הנוגעים בדבר. תנאים אלו טרם התקיימו, ודי בכך כדי לדחות את הסעד ההצהרתי שעתרו לו המערערים, ולפיו הם זכאים להירשם כבעלים של שלושה רבעים משטח הגג ולתיקון צו רישום הבית המשותף. אף לא מצאתי כי יש להידרש לסעד הנוסף שביקשו המערערים במסגרת ההליך שלפנינו – סעד שזכרו לא בא בהליך קמא – לאכיפה חלקית של ההסכם בדרך של העברת החלק היחסי של הגג המצוי ברשות המשיבה. משלא התמלאו התנאים שעוגנו בהסכם לצורך השלמת העסקה אין בסיס לאוכפה בשלב זה אף לא באופן חלקי.

15. מן הטעמים שפורטו לעיל, אני מצטרפת למסקנה שאליה הגיע חברי ולפיה דין הערעור להידחות. כמו כן אני מצטרפת להצעתו כי בנסיבות העניין אותן תיאר, כל צד יישא בהוצאותיו.

השופטת י' וילנר:

אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי, המשנה לנשיאה (בדימוס), נ' הנדל, ולעיקרי דבריו. כמו כן, אני מצטרפת להערותיה של חברתי, הנשיאה א' חיות, ובכלל זה – להסתייגותה בפס' 8 לחוות-דעתה מעמדתו של חברי, השופט הנדל, אשר ציין כי בנסיבות המקרה שלפנינו, יתכן שהיה מקום לקבוע כי יש לתת תוקף להסכם בעל-פה גם אם הצדדים לא היו מוסיפים וחותמים על הסכם בכתב (פס' 8 לחוות-דעתו). אף לדידי, המקרה שלפנינו אינו בא בגדר המקרים המיוחדים ויוצאי הדופן שבהם "זעקת ההגינות" מצדיקה סטייה מדרישת הכתב המעוגנת בסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, כפי שנקבע בע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996).

ש ו פ ט ת

אשר על כן, הוחלט לדחות את הערעור ללא צו להוצאות כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל.

ניתן היום, י"ד בתמוז התשפ"ב (13.7.2022).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה (בדימוס)

נ ש י א ה