ע"א 656/99

בפני: כבוד הנשיא א' ברק

כבוד המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוין

כבוד השופטת מ' נאור

המערערים: 1. ד"ר עדה בר שירה

2. אשל מאיר

3. אשל נעמי

4. רוגוב יצחק

5. רוגוב פנינה

6. קורמן סטנלי

7. קורמן בטי

8. נציגות בית המשותף רח' ברכיהו 5 ירושלים

נ ג ד

המשיבים: 1. מעונות ובנין בע"מ

2. קים לוסטיגמן בע"מ

3. קים השקעות בע"מ

4. מנחם לוסטיגמן

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 7.12.98 בת"א 639/94 שניתן על
ידי כבוד הנשיא

ו' זיילר

בשם המערערים: עו"ד נתאי ראובן רובי

בשם המשיבים: עו"ד לוסטיגמן ישראל

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

1. לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' הנשיא ו' זילר) שניתן בתביעה על ליקויי בנייה, איחור במסירת דירות ועוד. במסגרת הערעור קובלים רוכשי הדירות גם על החלטת ביניים שחסמה (באופן חלקי) מחמת התיישנות את דרכם לפיצוי על איחור במסירה. הצדדים הופנו לגישור, שלצערנו לא עלה יפה.

2. שבעה רוכשים של דירות ונציגות הבית המשותף הגישו בשנת 1994 תביעה בגין ליקויי בנייה נגד ארבעת המשיבים (שיכונו להלן יחד לשם קיצור: "המוכרת"). בשנת 1982 נערכה עסקת קומבינציה בין המערערת הראשונה, ד"ר עדה בר שירה, כבעלים במשותף עם אמה במקרקעין, לבין המוכרת. המוכרת התחייבה בהסכם למסור 4 יחידות דיור למערערת הראשונה, וכן מכרה 4 יחידות נוספות בשוק החופשי. הדירות הנוספות נמכרו למערערים 2-7 (משפחות אשל, קורמן ורוגוב). המוכרת טענה שתביעת הרוכשים התיישנה. המוכרת הגישה מצדה תביעה שכנגד נגד שלוש המשפחות הנזכרות בגין יתרות חוב, שלטענתה לא סולקו. התביעה שכנגד בגין יתרת החוב הוגשה בחלוף למעלה

משבע שנים מהמועד בו אמורים היו החובות להיות משולמים. במסגרת כתב תשובה, העלו המערערים טענה שהתביעה שכנגד התיישנה, ולחלופין, העלו טענות קיזוז שונות.

<u>ההחלטה בשאלת ההתיישנות</u>:

3. בהחלטה מיום 11.1.96 דן בית המשפט בטענות התיישנות שהעלו הצדדים זה כנגד זה. נדחתה טענתה של המוכרת לפיה התיישנה התביעה בגין ליקויי הבנייה. על כך אין ערעור בפנינו. נדחתה גם טענתם של התובעים–הרוכשים, לפיה התיישנה התביעה שכנגד בגין אי-תשלום חובות. טענת ההתיישנות נגד התביעה שכנגד נדחתה לאור הוראת סעיף 4 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, המורה לאמור:

> "4. תביעה שכנגד וקיזוז
>
> בתובענה על תביעה שלא התיישנה או שהתיישנה אך לא נטענה נגדה טענת התיישנות, לא תישמע טענת התיישנות נגד קיזוז באותה תובענה ולא נגד תביעה שכנגד, כשהיא והתביעה שבאותה תובענה נושאן אחד או כשהן נובעות מאותן נסיבות."

תביעת משפחת אשל נסובה, בין השאר, על איחור במסירה. משפחת אשל קיבלה את החזקה בדירה יום 26.9.87. הדירה היתה צריכה להימסר ביום 21.12.86. התביעה הוגשה ביום 9.8.94 ותקופת שבע השנים חלפה ביום 31.12.93. בית המשפט קבע כי תביעה לפיצוי בשל איחור במסירה קמה עם הפרת ההתחייבות למסירת החזקה. תביעה לפיצוי בשל איחור במסירה המתייחסת לתקופה הקודמת לשבע שנים מיום הגשת התביעה מתיישנת. לעומת זאת, תביעה לפיצוי המתייחסת לתקופה הנכללת בשבע השנים האמורות לא התיישנה. על כן, מחק בית המשפט את תביעת הפיצוי בגין איחור במסירה לגבי התקופה שקדמה ליום 8.8.87. נותרה בעינה תביעתה של משפחת אשל לפיצוי בגין 42 ימי איחור במסירה שבתוך תקופת ההתיישנות. בערעור שלפנינו נטען, כי משקבע בית המשפט שהתביעה שכנגד של המוכרת "ניעורה מתרדמת התיישנות העילה", כאמור בסעיף 4 לחוק ההתיישנות, היה מקום "להעיר מתרדמתן" גם את טענות התובעים כולם בעניין האיחור במסירה, גם בתקופה שמעבר לתקופת ההתיישנות.

הטענה האמורה מועלית לא רק בשם משפחת אשל, אלא גם בשם משפחות רוגוב וקורמן, אשר לא הגישו תביעה בקשר לאיחור במסירה. לטענת בא-כוחם, תביעה כזו לא הוגשה מלכתחילה, בשל כך שחלף מניין הימים להגשתה בהתאם להוראות חוק ההתיישנות. המשפחות הנזכרות טוענות, כי עומדת להן טענת קיזוז שבית המשפט התעלם ממנה לאור הכשרת זכות התביעה שכנגד בעילה שהתיישנה אך "נעורה מתרדמתה" מכח סעיף 4 לחוק ההתיישנות.

<u>השאלות שהועמדו במחלוקת בערכאה הראשונה</u>:

4. לאחר סיום הדיון בטענות ההתיישנות, מינה בית המשפט כמומחה מוסכם את המהנדס סילביו ארבל-הופמן. באי כוח הצדדים נתנו בהסכמה בידי המומחה סמכויות נרחבות. וכך נרשם מפיהם בישיבת קדם המשפט מיום 12.5.96:

> "ב"כ הצדדים: מוסכם כי המהנדס סילביו הופמן ימונה מטעם בית המשפט, על-מנת שלאחר ביקור במקום, עיון בכל המסמכים שייראו לו נחוצים וכן עיון בכל המסמכים שמי מהצדדים יפנה אותו אליהם, ולאחר שמיעת טענות הצדדים וראיותיהם, וכלל זה טענות וראיות מפי מומחה, לאחר כל אלו יקבע המומחה אם ואיזה מהליקויים הנטענים בתביעה מקורם בחבות של הנתבעים הנובעת מעבודה לקויה, חומרים גרועים או תכנון גרוע.
>
> תשומת לב המומחה מוסבת לעובדה שחלוף השנים מאז נמסרה החזקה בדירות לתובעים מעלה אפשרות שליקויים, אפילו קיימים היום, אינם נובעים מאחריות הנתבעים, והמומחה מתבקש לבחון את הליקויים גם מנקודת מבט זו.
>
> לצד כל ליקוי יציין המומחה אם הוא ניתן לתיקון אם לאו. אם הוא ניתן לתיקון תצוין עלות תיקונו, ואם אינו ניתן לתיקון תצוין ירידת הערך שיש, אם יש, בגינו.

מינוי המומחה לא יתפרש כוויתור של צד מהצדדים על טענות מניעות, וממצאים יחייבו את הצדדים, בכפוף לזכות חקירתו, אם יבקש זאת צד. במימון ביניים של הוצאות המומחה ישאו מחצה במחצה.

נבקש ליתן תוקף של החלטה."

(ההדגשות אינן במקור – מ"נ).

5. להסכמה האמורה ניתן תוקף של החלטה, והמומחה הגיש חוות דעת. כבר כאן יצוין, כי המומחה, שאיננו שמאי, לא ציין בחוות דעתו ירידת ערך. בתשובה לשאלות הבהרה שמסר לבא-כוח התובעים, ציין כי ככל שהדבר יידרש, בכוונתו להתייעץ עם שמאי מקרקעין מוסמך. בסיכומי בא-כוח התובעים בערכאה הראשונה, התבקש בית המשפט ליתן פסק דין חלקי בנוגע לליקויים, ולהורות למומחה להתייחס לשאלת ירידת הערך. בפסק דינה של הערכאה הראשונה אין התייחסות לשאלת ירידת הערך, וגם על כך קובלים המערערים בערעורם.

6. בישיבת קדם המשפט מיום 23.1.97, ניתן צו ולפיו:

"1. מוסכם בין בעלי הדין שאלו המחלוקות שנותרו להכרעה:

יתרת חוב המגעת לנתבעים [המוכרת – מ"נ] לטענתם, דבר המוכחש על-ידי התובעים.

האם איבדו הנתבעים את זכותם לתקן את הטעון תיקון עקב סירובם לתקן זאת בעבר.

שאלות למומחה."

(ההדגשות לא במקור – מ"נ)

התובעים נדרשו לתת פירוט עובדתי של העובדות מהן הם מסיקים שהנתבעים איבדו את זכות התיקון; הנתבעים נדרשו לפרט כיצד נותרה יתרת החוב, והתיק נקבע לשמיעת הראיות. במסגרת שמיעת הראיות העידו התובעים וגם נציג המוכרת, מר לוסטיגמן. גם המומחה, שנשאל קודם לכן שאלות הבהרה שונות, נחקר.

<u>פסק הדין של הערכאה הראשונה</u>:

7. שאלת ההתיישנות הוכרעה, כאמור, בהחלטת ביניים. בית המשפט פסק למערערים במסגרת התביעה הראשית פיצויים על ליקויים בבנייה, תוך שהוא מסתמך על חוות דעת המומחה המוסכם. עוד נפסקו לתובעים השונים פיצויים על נזק לא ממוני. פסק הדין איננו נוקב בסכום הפיצוי על איחור במסירה. בית המשפט הורה בפסק הדין כי הצדדים ימסרו הודעה על איזו תקופת איחור מדובר לגבי כל דירה, וציין שלאחר קבלת ההבהרה ייפסק פיצוי בפריט זה. במקום מסירת הודעה, הגיש בא-כוח התובעים כתב טענות מורכב, בו חזר והעלה טענות בנושא ההתיישנות. באופן חלופי טען, כי הסכום המגיע למשפחת אשל בגין האיחור במסירה ל-42 יום שבתוך תקופת ההתיישנות, הוא 1,000 דולר בשקלים בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום 20.9.87. הסכום בו נקב מבוסס על פיצוי של 700 דולר לחודש עבור כל חודש של איחור במסירה, ובסה"כ 1,000 דולר בעבור 42 יום. בצו מיום 4.1.99, ציין בית המשפט כי בפסק הדין נצטוו הצדדים (ולא צד) ליתן הודעה, ואם אין ביניהם תמימות דעים על עובדה הנחזית להיות פשוטה, לא יהיה מנוס מבירור תוך הטלת הוצאות על הצד המתאים. אחרי צו זה, מסר בא-כוח הנתבעים הודעה, לפיה הסכום המגיע למשפחת אשל עבור פרק זמן של 42 יום הוא 980 דולר. בא-כוח הנתבעים נקב אפוא בסכום כמעט זהה לזה שנקב בו בא-כוח התובעים באופן חלופי. בית המשפט הורה בית המשפט להעביר לבא-כוח הנתבעות את הצו מיום 4.1.99, ואין בתיק החלטה משלימה כלשהי. בשורה התחתונה, אין בפסק הדין או בהחלטה מאוחרת יותר, קביעת פיצוי עבור איחור במסירה למשפחת אשל, לגבי אותם 42 יום שבתוך תקופת ההתיישנות.

הפיצוי המוסכם בגין חודש איחור במסירה עמד על 700 דולר. כהשלמה לפסק הדין שלא נקב בסכום עבור האיחור במסירה של 42 היום, יש לדעתי לקבוע כי סכום הפיצוי המגיע למשפחת אשל בעניין זה הוא שווה ערך בשקלים ל-1,000 דולר כערכם ביום 20.9.1987 בצירוף הפרשי הצמדה וריבית ממועד זה.

8. במסגרת התביעה שכנגד, דחה בית המשפט את תביעת המוכרת נגד משפחת אשל בעניין ביצוע עבודות נוספות, שלטענתה, בוצעו על-ידה. לעומת זאת, קיבל את התביעה נגד משפחת אשל בעניין סכום המצוין בחוזה הרכישה, שהיה על משפחת אשל לשלם כהשתתפות בהוצאות משפטיות, בהוצאות רישום הבית כבית משותף ובהוצאות הערבות הבנקאית. נזכיר כאן, כי נציג המוכרת, מר לוסטיגמן, אישר בחקירתו הנגדית, שלא הוגשה תביעה כנגד משפחת אשל על הסכום שבפיגור, כיוון שהיו למשפחה זו טענות בגין ליקויים, ואכן היו בעיות חריפות של רטיבות. הוא חשב שמשפחת אשל תקזז את הסכומים שלא שולמו על-ידה מול הליקויים.

התביעה שכנגד לגבי משפחת אשל התקבלה אפוא רק בפריט של ההשתתפות בהוצאות משפטיות, תוך קביעת הוראות לגבי הצמדת הסכום והריבית. הסכום הוצמד למדד יולי 87' ונקבעה ריבית בשיעור 6% לשנה על החוב המקורי שאיננו צמוד.

לגבי משפחת רוגוב נדחתה התביעה שכנגד כליל, בשל כך שהתובעים שכנגד לא עמדו בנטל הראיה. את משפחת קורמן חייב בית המשפט במסגרת התביעה שכנגד לשלם 5,000 דולר אשר יומרו לשקלים לפי השער שהיה ביום רישום הדירה בטאבו (המועד שנועד לביצוע התשלום) בשנת 1993 בתוספת הפרשי ריבית והצמדה ממועד זה. עם זאת, ציין בית המשפט לגבי טענות שהעלתה משפחת קורמן, כי: "טענות הקיזוז הבלתי מוגדר ובלתי מוכח נדחות (מבלי לגרוע בזכות משפחת קורמן לתבוע בנפרד על כספים שהם טוענים שהתובעים שכנגד חבים להם, אם יש עילות תביעה ואם ניתן לתבוע)".

בית המשפט נפנה לשאלה, אם יש למוכרת זכות לתקן בעצמה את הליקויים שנקבעו על-ידי המומחה הופמן. שאלה זו לא התעוררה לגבי משפחת אשל, משום שבסיכומים

הביעו בני הזוג אשל את הסכמתם לביצוע התיקונים על-ידי הקבלנים. לגבי התובעים האחרים ציין בית המשפט, כי הוא מוכן לצאת מנקודת המוצא של התובעים האחרים, שהקבלנים הזניחו את חובתם לבצע תיקונים מלאים. עצם העובדה שאחרי שנים ארוכות כל-כך עדיין יש פגמים שמקורם במחדלי הקבלנים ושלא תוקנו, תומכת במסקנה זו. על כן, זכות ישירה לתבוע תיקון – אין לקבלנים. מצד שני, כך ציין בית המשפט בפסק דינו, מוטלת על התובעים הן חובה להקטין את הנזק והן חובת התנהגות בתום לב. על-פי חוות דעתו של המומחה, עלות ביצוע התיקונים באמצעות המוכרת קטנה ב-35% מהעלות שנקבעה על-ידו לביצוע באמצעות קבלן אחר. על כן קבע בית המשפט:

> "בנסיבות אלו, כשאין טענה שמדובר במי שאינו מסוגל לבצע תיקונים (נהפוך הוא, איש לא הטיל ספק במוניטין של הנתבעות והנהלותיהן), אין סיבה שהתובעים יטילו על הנתבעות עלות יקרה רק כדי לזכות אדם שלישי ברווח."

על כן קבע בית המשפט, כי התובעים (פרט למשפחת אשל) יהיו זכאים לקבל מהמוכרת את הסכומים שקבע המומחה בניכוי 35%, שזוהי עלות ביצוע התיקונים לקבלנים, תוך ציון שאם התובעים חפצים בכך, והמוכרת אינה ניזוקה, אין סיבה שהדבר לא ייעשה. בית המשפט הורה לתובעים או מי מהם, אם ברצונם לנהוג כך, לתת הודעה לבית המשפט ולנתבעים תוך 21 יום. בתיק הערכאה הראשונה לא נמצאת הודעה כאמור של מי מהתובעים. בית המשפט קבע גם מנגנון למקרה שהתובעים או מי מהם יעדיפו שלא לקבל את הפיצוי המופחת, אלא לבצע את התיקונים באמצעות המוכרת. המנגנון שקבע נקבע הן לגבי משפחת אשל והן לגבי שאר התובעים. מהותו של המנגנון היא ביצוע התיקונים בפיקוח המומחה, שאמור לאשר לאחר סיום העבודות שהעבודות אכן בוצעו כהלכה. אם יסתבר שהעבודות לא בוצעו כהלכה, המומחה יקבע את עלות ביצוע התיקונים שלא עלו יפה, כשהכוונה היא לעלות לתובעים, ולא עלות לקבלן. במקרה כזה, על המוכרת לשלם את הסכום שייקבע על-ידי המומחה. בית המשפט קבע בעניין זה הוראות נוספות שאין אני רואה צורך לעמוד על פרטיהן.

<u>הטענות בערעור</u>:

10. אומר כבר בפתח הדברים: לכל הטענות החורגות מההסכמה האמורה בדבר השאלות שנותרו להכרעה המועלות לפנינו בערעור, אין לשעות. הסכמות מעין אלו, יש בהן כדי לייעל את המשפט ולהקל על בירורו. אין לאפשר, פרט למקרים יוצאי דופן, "נסיגה" מהן, לא בערכאה הראשונה ובוודאי לא בערעור. השאלות העומדות על הפרק שמותר היה להעלותן נוכח השאלות המוסכמות הן:

א. נושא ההתיישנות; המערערים תוקפים את צדקתה של החלטת הביניים מיום 11.1.96.

ב. מי יבצע את התיקונים? האם זכאי היה הקבלן, בנסיבות העניין, להוסיף ולתקן את הליקויים בהתאם למנגנון שקבע בית המשפט, או שהמערערים היו זכאים כטענתם, לפיצוי מלא, בלא ניכוי של 35% משווי הליקויים הניתנים לתיקון שקבע המומחה.

ג. סוגיית ירידת הערך שלא נבחנה על-ידי מומחה בית המשפט.

<u>שאלת ההתיישנות</u>:

11. ערעורם של התובעים מעלה שאלה חדשה. שאלה זו נסובה על פרשנותו של סעיף 4 לחוק ההתיישנות, שלשם הנוחות אחזור ואצטט אותו:

4. תביעה שכנגד וקיזוז

בתובענה על תביעה שלא התיישנה או שהתיישנה אך לא נטענה נגדה טענת התיישנות, לא תישמע טענת התיישנות נגד קיזוז באותה תובענה ולא נגד תביעה שכנגד, כשהיא והתביעה שבאותה תובענה נושאן אחד או כשהן נובעות מאותן נסיבות.

12. בצדק קבעה הערכאה הראשונה, כי אלמלא סעיף 4, דינה של התביעה שכנגד בעניין חובות העבר היה להידחות מחמת התיישנות. על הגיונו של סעיף 4 עמד הנשיא אגרנט בע"א 289/65 צפורה רובינשטיין נ' רענן רון ואח', פ"ד כ(1) 505, 521:

> הרעיון העומד מאחורי ההוראה הזאת הוא להבטיח שוויון בין בעלי-הדין, בנוגע לעניין של השמעת טענת התיישנות, כאשר אחד מהם הגיש תביעה והשני הגיש תביעה-שכנגד באותו נושא - לאמור: אם הנתבע לא טען כי התביעה של התובע התיישנה, אזי תובעת שורת הצדק כי גם לזה האחרון לא יורשה להשמיע טענת התיישנות כלפי התביעה-שכנגד, שהרי אין זה צודק לאפשר לתובע, משפתח בהליכים משפטיים כדי להשיג תרופה בעניין המשמש גם נושא התביעה-שכנגד, לחסום בפני הנתבע, מקום שהתביעה הראשית לא התיישנה, או אף אם התיישנה ולא נטענה כלפיה טענת התיישנות, את הדרך לקבל את התרופה המבוקשת בתביעה- שכנגד."

אותו רציונל חל, לדעתי, לענין טענות התובעים המבקשים לקזז מן התובענה שכנגד חיובים של המוכרת בגין איחור במסירה.

13. בענייננו, התביעה הראשית בעניין ליקויי הבנייה טרם התיישנה (וכך גם תביעת משפחת אשל על איחור במסירה של 42 יום). התביעה שכנגד הייתה מתיישנת (אם כי לא כולה), אלמלא הוראת סעיף 4 לחוק ההתיישנות. מה דינה, לעניין ההתיישנות, של טענות התובעים לקיזוז בגין איחור במסירה שהיתה מתיישנת אלמלא התביעה שכנגד? דעתי היא, שאת סעיף 4 האמור יש לפרש באופן שאם "ניצלה" התביעה שכנגד מהתיישנות, יכולים התובעים להעלות כנגדה טענת קיזוז, אף אם טענה זו הייתה מתיישנת אלמלא התביעה שכנגד של הנתבעים. תביעה שכנגד גם היא תובענה. היא לא התיישנה מכח סעיף 4 עצמו. על כן - גם כנגדה ניתן לטעון טענת קיזוז שלא ניתן היה להעלותה אלמלא התביעה שכנגד. משהוכשרו, ובצדק, טענות התובעים שכנגד מכוחו של סעיף 4, יש להכשיר גם את טענות התובעים המבקשים לקזז סכומים לגבי התקופה הקודמת להתיישנות, ובלבד שהן נובעות מאותן נסיבות, וכי התקיימה חפיפה ולו חלקית בתקופת קיומם של שני החובות.

על כוונת המחוקק בנושא ההתיישנות ככלל, ניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק. הכנסת (הצעת חוק 312, י"ד בסיוון תשי"ז 13.6.1955):

"א. החוק בא לקבוע חוק אחיד וכולל בדבר התיישנות של תביעות אזרחיות....

ב. שלושה טעמים עיקריים מנו חכמים בעקרון ההתיישנות:

א. הקושי לשמור, זמן רב מדי על ראיות והוכחות.

ב. מהירות התנועה והחיים של התקופה החדשה, בה חייב כל אדם לדעת מה הן זכויותיו ומה הן חובותיו.

ג. ההשהיה הארוכה מדי בהגשת התביעה יש בה ריח של מחילה וויתור".

(ההדגשות אינן במקור-מ"נ)

סעיף 4, שלא היה מצוי בהצעת החוק, קובע חריג לכלל, המכשיר תביעה שכנגד וטענת קיזוז למרות התיישנות. טעמו של החריג הוא שמערכת ההתחשבנות הכוללת שבין הצדדים בעניין נשוא ההליכים טרם הסתיימה, ולכן לא חלים טעמיו של הכלל. דוגמה יפה לצדקת הרעיון שמאחורי סעיף 4 נמצאת בענייננו בעדותו של מר לוסטיגמן. לוסטיגמן עמד בעדותו על כך שהוא לא תבע את משפחת אשל על חיובים שלא שולמו, ביודעו שלמשפחת אשל תביעה על ליקויי בנייה. אכן, אם לוסטיגמן ידע שהוא חייב לאשל יותר מאשר אשל חייבים לו – אין סיבה שיתבע את משפחת אשל. ואולם – אם אשל תובעים, מבקש לוסטיגמן לקזז את חובות העבר. אותו ההגיון חל על התביעה בגין איחור במסירה. כשם שהמוכרת רשאית היתה לקזז מתביעתה של משפחת אשל את חיובי העבר שהתיישנו, כך רשאית משפחת אשל לקזז מהתביעה שכנגד את החיובים בגין

איחור במסירה, והכל במסגרת החוב שנפסק בתביעה שכנגד.

14. המערערים כולם טענו לקיזוז. ואולם, בשאלה מי רשאי לקזז, יש להבחין בין התובעים השונים:

א) אשל חויבו במסגרת התביעה שכנגד לשלם 32,798 ₪ נכון ליום הגשת התביעה שכנגד עם הצמדה למדד יולי 1987 בתוספת ריבית של 6% לשנה על החוב המקורי שאיננו צמוד. מסכום זה זכאים הם לקזז פיצוי בגין האיחור במסירה **שקדם** לתקופת ההתיישנות לפי 700 דולר לחודש. לפיכך, זכאית משפחת אשל לקזז מהחוב שנפסק כנגדה בעניין התביעה שכנגד את החוב שחבה להם המוכרת בגין האיחור במסירת הדירה מיום 1.7.87 ועד יום 20.9.1987 לפי חישוב של שווה ערך בשקלים ל-700 דולר לחודש, ביום 20.9.87, בתוספת הפרשי ריבית והצמדה כחוק ממועד זה.

ב) התביעה שכנגד בעניין משפחת רוגוב נדחתה ועל כן אין הם זכאים לקזז דבר.

ג) משפחת קורמן חויבה, כאמור, במסגרת התביעה שכנגד, לשלם 5,000 דולר בשקלים לפי השער שהיה ביום רישום הדירה בטאבו בשנת 1993. לעניין זה התביעה שכנגד לא התיישנה. על פי מועד החיוב שנקבע בערכאה הראשונה, המועד לתשלום הוא כשנה לפני הגשת התביעה שכנגד. על כן התובעים שכנגד לא נזקקים בסופו של יום, לסעיף 4 לחוק ההתיישנות לעניין פריט זה. אשר התגבש כשנה לפני הגשת התביעות. משפחת קורמן אינה זכאית, אפוא, לקזז כנגד הסך של 5,000 דולרים האמורים סכום קצוב המגיע לה, לטענתה, בגין איחור במסירת הדירה בתקופה שקדמה להתיישנות.

העולה מכל האמור הוא, שרק משפחת אשל זכאית לקיזוז בגין איחור במסירה מול התביעה שכנגד, הכל כפי שפורט.

האם זכאי הקבלן לתקן שוב את הליקויים או שהמערערים זכאים לפיצוי כספי מלא בלא ניכוי של 35%?

15. בפסק הדין, ציין בית המשפט ששמע את הראיות, כי הוא מוכן לצאת מנקודת המוצא, שהקבלנים הזניחו את חובתם לבצע תיקונים מלאים, וכי עצם העובדה שאחרי שנים ארוכות כל כך יש פגמים שמקורם במחדלי הקבלנים ושלא תוקנו, תומכת במסקנה זו. אף שהדברים נוסחו בלשון זהירה, אני סבורה שלגבי התובעים האחרים, פרט למשפחת אשל (שהסכימה לביצוע התיקונים באמצעות הקבלן), זוהי נקודת המוצא הנכונה. לגבי התובעים האחרים היו עדויות על פניות לקבלן ועל ניסיונות תיקון שכשלו משך שנים רבות. השאלה שנשאלה לגבי התובעים האחרים היתה, אם היה מקום לאפשר שוב לקבלן לבצע תיקונים, או שנכון היה לחייב את הקבלן במלוא עלות התיקונים בידי צד ג', בלי ניכוי של 35%. המוכרת מבכרת את האפשרות הראשונה, ואילו המערערים תומכים באפשרות השנייה.

16. בע"א 472/95 זכריה זלוצין נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נ(2) 858, נקבע:

> "... ואולם, ועיקר, השאלה אם יש לאפשר למוכר לתקן או לחייבו בפיצויי תיקון, תלויה בעובדות של כל עניין. כך, למשל, בע"א 4445/90, עמיגור (ניהול נכסים) בע"מ נ' יצחק מאיוסט ואח' (דינים עליון ל"ד 611) עוסק בית המשפט בשאלה: 'מי יבצע את התיקונים?' אומר שם בית המשפט:
>
> "המערערת ביקשה שתינתן לה עצמה האפשרות לתקן את הליקויים. אך בית המשפט סירב. הוא הצביע על 'הסחבת והניסיונות הכושלים לתיקון הליקויים שהיו מנת חלקם של התובעים במשך תקופה כה ארוכה'. לכן החליט כי זכותם של המשיבים היא לקבל מן המערערת פיצויי כסף לבצע את התיקונים בעצמם. בדרך כלל עניין הוא לשיקול הדעת של בית המשפט קמא אם ראוי, בנסיבות המקרה, לתת לצד הנפגע סעד של אכיפה או סעד של פיצויים. בית המשפט קמא לא טעה כאשר בחר, בנסיבות המקרה, בסעד של פיצויים.

"יתירה מזו, באותו עניין סירב בית המשפט קמא לחייב את הדיירים לבצע התיקונים במשותף, באמצעות קבלן אחד, ואיפשר לכל דייר לעשות תיקוניו בעצמו, למרות הייקור הרב בשיטה זו. בית המשפט העליון אישר זאת, באומרו:

"אכן חובה על המשיב לפעול להקטנת הנזק, ובכלל זה לצמצם את עלות התיקונים. אך חובה זו אינה חורגת מגבול הסביר. אין זה סביר לחייב כל אחד מן המשיבים להיות תלוי לעניין זה ברצון הטוב בשיתוף הפעולה של 19 משיבים אחרים.

"הנה כי כן, בית משפט זה אישר תשלום פיצויים, ואפילו - שלא כבפסק דין קמא - על פי השיטה היקרה יותר של תיקונים נפרדים כרצון איש ואיש. אמנם, במקרה מתאים, יש לתת למוכר אפשרות לתקן את הניתן לתיקון, הן על פי המדיניות המשפטית הרצויה, ובוודאי כאשר הדבר מתחייב מכוח הדין. אך במה דברים אמורים, כאשר המוכר מודה בליקויים וכאשר נכונותו לתקן היא רצינית. במקרה שלפנינו, העידו כמה מן הדיירים בדבר הליקויים בדירותיהם (בעיקר ליקויי ריצוף חמורים, רטיבות והיעדר אוורור), ועל ניסיונות כושלים של עובדי הקבלן ושלוחיו לתקן את הליקויים".

(שם, עמ' 863-864; ההדגשות לא במקור – מ"נ.)

ובהמשך הדברים:

"נראה לי שהמיצוי הכושל של ניסיונות תיקונים על-ידי דיור לעולה מחד וכשלון הניסיון המעשי מאידך, בצירוף עמדתה של דיור לעולה בהגנתה, מחייבים את קבלת ערעור הדיירים, במובן זה שהם זכאים לפיצוי כספי על הליקויים בדירותיהם".

(שם, עמ' 864-865)

17. הנה כי כן, השאלה מתי זכאי הקבלן לתקן בעצמו את הליקויים (או ליתר דיוק, מתי זכאי הוא לשלם רק את העלות שהיה עולה **לו** התיקון), איננה שאלה שיש לה תשובה חד-משמעית. הכל תלוי בנסיבות המקרה. כך, למשל, נפסק שכאשר בעל דירה מסרב לאפשר לקבלן לתקן, הפיצוי יחושב על-פי עלות התיקון לקבלן (ע"א 7799/01 יורם סלים ואורלי ברזילי ואח' נ' שרביב בע"מ (טרם פורסם). המלומד איל זמיר עמד לאחרונה בהרחבה על סוגיית תיקון אי ההתאמה במכר דירות, ובסוגיית הנטל לאפשר למוכר לתקן את אי ההתאמה בספרו "חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973" (תשס"ב-2002), בעמ' 579 ואילך. ככלל, כך מציין המחבר, הקונה אינו חייב לאפשר למוכר לתקן את אי ההתאמה ולמוכר אין זכות לתקנה. על-פי רוב בידי הקבלן יכולת לתקן את אי ההתאמה בעלות נמוכה יותר מאשר קבלן שהוזמן במיוחד לביצוע התיקון, משום שהוא מכיר את המלאכה שביצע ובידו להוזיל את התיקון, על-ידי ביצוע מרוכז של תיקונים בדירות אחדות באותו אתר. תיקון עצמי בידי המוכר חוסך לו לשאת במרכיב הרווח של קבלן אחר שיבצע את התיקון. על-פי רוב, תיקון הפגמים בידי חברת הבנייה הוא גם פתרון עדיף לקונה. על כן נקבע הנטל לאפשר למוכר לתקן את אי ההתאמה בטרם יזכה את הקונה לתרופות אחרות. ואולם, על אף השיקולים שבגללם תיקון אי ההתאמה בידי מוכר הדירה הוא בדרך כלל הפתרון ההוגן והיעיל לאי ההתאמה, ישנם מקרים שבהם פתרון זה איננו בא בחשבון או שאין בו כדי לענות במידה מספקת על צרכי הקונה. המחבר עומד על פסקי דין שונים בסוגיה אם ועד מתי על הקונה לשוב ולתת לקבלן הזדמנויות נוספות לתיקון אי-התאמה לאחר שניתנה לקבלן הזדמנות נאותה לתקן את אי ההתאמה והוא לא ניצל אותה, או שניסה לתקן והדבר לא עלה בידו. לדעת המחבר, אם לפני הגשת התביעה נתן הקונה למוכר הזדמנות נאותה לתיקון אי ההתאמה, אין לדרוש ממנו מתן הזדמנות נוספת במסגרת ההליך השיפוטי. דברים אלה מקובלים עלי.

18. בענייננו, חלפו שנים רבות מאז מסירת הדירות ועד הגשת התביעה. לגבי התובעים האחרים (פרט למשפחת אשל), יצא בית המשפט כאמור מן ההנחה, שהמוכרת הזניחה את חובתה לתקן את הליקויים. בנסיבות אלה, אין התובעים האחרים חייבים לתת לקבלן הזדמנות נוספת. הם זכאים, לדעתי, למלוא הפיצוי, כך שיוכלו לבצע את התיקונים באמצעות קבלן אחר. אין מקום בנסיבות אלה, להפחתה של 35% מהסכום שקבע

המומחה. על-כן הייתי מקבלת את הערעור בנקודה זו, וקובעת שאין לנכות 35% מהסכומים העולים מחוות הדעת. (משפחת אשל ביקשה, בשלב הערעור, לחזור בה מהסכמתה (ראו ההודעה מטעם המערערים בבקשה להפסיק את הליך הגישור). אין אני סבורה, כי יש לאפשר זאת בשלב הערעור. לפי עדותו של מר לוסטיגמן, משפחת אשל לא אפשרה לבצע תיקונים. אין בפסק הדין ממצא בעניין זה, אך אם מנגנון התיקון בפיקוחו של המומחה לא יצלח לגבי משפחת אשל, פסק הדין קובע ממילא מנגנון של פיצוי.

על כן, יש לדעתי, לקבל את הערעור במובן זה, שהמערערים (פרט למשפחת אשל) יקבלו את מלוא הסכום שפסק המומחה בלא ניכוי של 35%.

<u>חוות דעת המומחה ונושא ירידת הערך</u>:

19. כפי שצוטט בהרחבה, למומחה נמסרה בהסכמה סמכות רחבה: נקבע מפורשות כי ממצאיו יחייבו את הצדדים בכפוף לזכות חקירתו, אם יבקש זאת צד. בנסיבות אלה, אכן לא היה מקום להרהר אחרי חוות דעתו של המומחה, ואף אנו לא נעשה זאת. ואולם, בעניין אחד לא השלים המומחה מלאכתו על-פי כתב המינוי ולא ציין ירידת ערך. עד למועד פסק הדין בערכאה הראשונה, הוא לא התייעץ עם שמאי. נראה לי, כאמור, כי פסק הדין טעון השלמה בנושא זה, ואני מציעה להורות להחזיר את הדיון לערכאה הראשונה על-מנת שתקבע בכמה פחת, אם פחת, שווי הדירות או הרכוש המשותף כתוצאה מליקויים שאינם ניתנים לתיקון.

<u>ענייינים אחרים</u>:

20. בשאר טענות המערערים, לרבות נושא שכר הטרחה, לא מצאתי יסוד להתערבות ערכאת הערעור.

<u>לסיכום</u>:

21. אם תישמע דעתי, נקבל את הערעור במובנים הבאים:

א. התובעים, פרט למשפחת אשל, יהיו זכאים לקבל את הסכום שקבע המומחה הופמן בעניין הליקויים בלא ניכוי של 35%. לגבי משפחת אשל יחול מנגנון תיקון הליקויים שנקבע בערכאה ראשונה.

ב. התיק יוחזר לערכאה הראשונה שתקבע את ירידת הערך של הדירות והרכוש המשותף, אם בכלל.

ג. בגין תקופת האיחור במסירה של 42 יום, ישלמו המשיבים למשפחת אשל (מערערות 2 ו-3) שווה ערך בשקלים ל-1,000 דולר כערכם ביום 20.9.87, עם הפרשי הצמדה וריבית ממועד זה.

ד. מהסכום שנפסק בתביעה שכנגד נגד המערערים 2 ו-3 הם זכאים לקזז פיצוי בגין איחור במסירה לפי 700 דולר לחודש עבור התקופה שקדמה לתקופת ההתיישנות. (סעיף 14 (א) לעיל).

22. כיוון שחלק מהטענות שבערעור התקבלו וחלקן נדחו, לא יהיה צו להוצאות בערכאה זו.

ש ו פ ט ת

<u>הנשיא א' ברק:</u>

אני מסכים.

הנשיא

<u>המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוין:</u>

אני מסכים.

המשנה לנשיא (בדימ')

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, י"א אייר תשס"ג (13.5.2003).

ה נ ש י א המשנה לנשיא (בדימ') ש ו פ ט ת