ת"א 18185-06-17 ל. לוי נדל"ן בע"מ ואח' נ' כהן

לפני כבוד השופט מוחמד חאג' יחיא

התובעים
1. ל. לוי נדל"ן בע"מ
2. לורנט לוי
ע"י ב"כ עו"ד אריה יעקב

נגד

הנתבעת
רות כהן
ע"י ב"כ עו"ד מאיר הלר ועו"ד קרן אבלו

פסק דין (משלים)

1) פסק דין משלים זה עניינו עתירתם הכספית של התובעים לאחר שנקבע כי הנתבעת הפרה את החוזה בינה לבין התובע 2 (להלן: "התובע") מיום 8.1.2014 (להלן: "החוזה").

הרקע בתמצית

2) התובעים הגישו בשעתו תביעה כספית כנגד הנתבעת על סך 725,042 ₪ וכן למתן צו מניעה קבוע, על רקע חוזה שנכרת ביניהם בשנת 2014. התביעה הכספית היא להשבת עלות עבודות שביצעו התובעים בדירת הנתבעת (להלן: "הדירה"), על חשבונם, וכללו התקנת מזגנים וחלונות וכן עבודות צבע.

3) לאחר שמיעת עדויות, בפסק דיני מיום 20.10.2020 הוריתי על דחיית התביעה. ערעור שהגישו התובעים לבית המשפט המחוזי בירושלים [ע"א 70142-11-20 ל. לוי נדל"ן בע"מ נ' כהן], התקבל בפסק הדין שניתן ביום 5.4.2021 על-ידי המותב הנכבד, השופטים ר' וינוגרד, ש' ליבוביץ ו-ת' בר-אשר. ערכאת הערעור בפסק דינה האמור, קבעה כי הנתבעת הפרה את החוזה שנכרת בין הצדדים וכי יש להיעתר לבקשת התובע ולהורות על ביטול החוזה ועל השבה. לפיכך, הדיון הוחזר לצורך הכרעה בסוגיה זו ובשאלות הנוגעות לה (סעיף 13 בפסק הדין). בסעיף 12 בפסק הדין האמור נקבע כהאי לישנא:

> "שקלנו אם להידרש בפסק-דיננו לשאלה כיצד תבוצע ההשבה ולסוגיה הנוגעת להפעלת שיקולי צדק במסגרת מתן הוראה להשבה לאחר הקביעה לפיה הפר צד את חובתו על פי ההסכם (ראו, לדוגמה בלבד, גבריאלה שלו ויהודה אדר, דיני חוזים – התרופות, 706-707 (התשס"ט)). במסגרת זו יש להידרש הן לשאלת מנעד המקרים בו ניתן להפעיל שיקולי צדק במסגרת ההשבה, הן לשאלה כיצד משפיעה העובדה שלא ניתן לבצע השבה בעין בנסיבות העניין, לשאלת השינויים בערך השיפוצים ובערך התמורה הכספית מאז כריתת ההסכם ועד למתן פסק-הדין, לסוגיית האשמה היחסית של הצדדים ולסוגיות אחרות המשיקות לשאלות הנוגעות לדרך ההשבה. מאחר שסוגיות אלה לא התבהרו דיין, הגענו לכלל מסקנה לפיה יש להשיב את הדיון בסוגיה זו לבית משפט קמא. בית משפט קמא רשאי לעניין זה להורות לצדדים להגיש טיעונים משלימים או לפעול בדרך דיונית אחרת כנראה בעיניו"

4) בהתאם להחלטתי מיום 27.4.2021 הגישו הצדדים השלמות טיעון בסוגיות שהועלו לעיל בפסק הדין בערעור.

5) לשלמות התמונה יצוין, כי בקשה למתן רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ואשר הוגשה לבית המשפט העליון [רע"א 3968/21 רות כהן נ' ל. לו נדל"ן בע"מ], נדחתה בהחלטתו מיום 7.6.2021 שניתנה מפי כבוד השופט א' שטיין.

<u>תמצית טענות התובעים</u>

6) התובעים טוענים בין השאר ובעיקר, כי מאחר והנתבעת הפרה את החוזה הפרה יסודית, נהגה תוך הטעיה, בחוסר תום לב ושלא ביושר והגינות, יש לחייבה בהשבה מלאה של מלוא הסכומים שקיבלה מהתובעים בצירוף הפרשי הצמדה וריבית ממועד התשלום ועד ביצוע ההשבה. בנוסף, ערך דירת הנתבעת עלה באופן משמעותי בעקבות העבודות שהתובעים עשו בדירתה. על כן, כל השבה שתהיה פחות מהשבה מלאה, תהווה עשיית עושר ולא במשפט.

7) התובעים עותרים להשבת עלות המזגנים שהתקינו (סך כ-23,700 ₪), עלות ביצוע עבודות הצבע והאיטום (סך כ-85,700 ₪), עלות החלונות (סך כ-183,900 ₪) וכן עותרים לחייבה בשכר טרחה שלא יפחת מ-50,000 ₪ בשל מעשיה החמורים של הנתבעת.

תמצית טענות הנתבעת

8) הנתבעת טוענת בין השאר ובעיקר, כי אין יריבות בינה לבין התובעת 1 (להלן: "התובעת") בסוגיית ההשבה, שכן הרי נכרת החוזה מול התובע ולא התובעת, ומכאן אין לאחרונה זכות או עילה חוזית להשבה כלפי הנתבעת, וכל תשלום לה יהווה התעשרות שלא כדין גם מבחינת היבטי המס. הנתבעת טוענת גם, כי לא נקבע שהחוזה הופר יסודית והתובע מעולם לא מסר לנתבעת הודעת ביטול וגם לא ארכה לקיומו. על כן, ככל שייקבע שההפרה אינה יסודית, יש לתת לה ארכה לקיימו. ככל שההפרה היא יסודית, רק אז יש לבטל את החוזה ולדון בהשבה.

9) היה ויוחלט על השבה, עותרת הנתבעת לפטור מלא ממנה. מצד אחד, הנתבעת קיבלה חלונות חדשים ואין כל מניעה שהתובע ייקח אותם בחזרה – השבה בעין. ואולם, הואיל וההשבה היא הדדית, הרי הימנעות הנתבעת מהתנגדותה בוועדה המקומית לתכנון ולבנייה (להלן: "הוועדה") שהייתה אמורה להתכנס ביום כריתת החוזה, לא ניתן להשיב ותוצאת התמורה שקיבל התובע בפיתוח המיזם העסקי שלו לא ניתן לתקן, בזכותו הוא גרף רווחי עתק. התובע לא הוכיח מה הסכום הנהוג לשלם עבור הסרת התנגדות בהליך תכנוני ופיצוי בגין גרימת מטרד, וממילא התנגדותה היא בעלת ערך רב נוכח ההליכים המשפטיים והתכנוניים שהיה התובע "מסובך" בהם אותה עת. לפיכך, שעה שהחלונות אשר הותקנו בדירתה אינם אקוסטיים לפי החוזה, ושעה שהתנגדותה היא בעלת ערך כלכלי, הרי יש לפטור אותה באופן מלא מחובת ההשבה.

10) בנוסף, גם משיקולי צדק יש לפטור מהשבה, שכן הרי מצד אחד התובע התעשר ונהנה מהימנעותה בוועדה וכבר לא ניתן להגיש התנגדויות לפרויקט שלו, ואולם הנתבעת מהצד שכנגד, תמשיך לסבול ממטרדים ואף תידרש להשיב לו כספים, תוצאה שאינה צודקת. הנתבעת מדגישה את עושרו הפיננסי של התובע ויחסי הכוחות השונים ביניהם (היא אישה קשישה), כשיקול לפטור מהשבה, זאת לצד הטענה לפיה הוא לא פעל למנוע או להקטין את נזקיו.

11) בניגוד לטענת התובעים, ערך דירתה לא עלה זאת נוכח מטרדי הרעש ואי-התקנת חלונות אקוסטיים בה. טענת התובעים בהקשר זה לא הוכחה, מה גם שהיא מנוגדת לכל היגיון, כאשר גם התובע שרכש את כל הדירות בסביבתה, אינו מעוניין עוד לרכוש את דירת הנתבעת. התובע התנהג לאורך כל הדרך בחוסר תום לב ובהתנהגות בלתי מוסרית ולא חוקית, בעוד הנתבעת לא התכוונה להפר את החוזה. היא סברה בתום ליבה שהחובה היחידה המוטלת עליה אינה יותר מאשר הימנעותה להתנגד בוועדה.

<u>דיון והכרעה</u>

12) תחילה, נדחית בזאת טענת הנתבעת לפיה רק אם ייקבע שמדובר בהפרה יסודית, כי אז יש לדון בשאלת ההשבה. ערכאת הערעור כבר הגיעה למסקנה "שיש להיעתר לבקשת המערער ולהורות על ביטול ההסכם ועל השבה" (סעיף 10) (ההדגשה אינה במקור). אם היה ספק בכך, הרי בסעיף 13 בפסק הדין "נקבע כי המשיבה הפרה את ההסכם וכי חלה עליה חובת השבה". פסק הדין של ערכאת הערעור ברור ומפורש. כל שנותר הוא לדון בשאלה "כיצד תבוצע ההשבה ולסוגיה הנוגעת להפעלת שיקולי צדק..." (סעיף 12). מכאן, יש לתהות מדוע טיעון זה עלה בטיעוני הנתבעת בסיכומיה המשלימים (סעיפים 4-5). אעיר בשולי הדברים, כי נראה שהציטוט החלקי של סעיף 11 בפסק הדין בערעור, כפי שהובא בסעיף 2 בכתב סיכומי הנתבעת – אינו מדוייק.

13) נדחית בזאת גם טענת הנתבעת בסעיף 3 בכתב סיכומיה. הנתבעת טוענת, כי מי שנשא בעלויות העבודות היא התובעת ולגביה אין יריבות בינה לבין הנתבעת מאחר ואינה חתומה על החוזה והיא צורפה להליך בטעות, בעוד התובע שחתום על החוזה עם הנתבעת, לא נשא בתשלומים ולכן אינו זכאי להשבה וכל תשלום עבורו יהווה התעשרות.

אכן, כפי שעולה מטיעוני בא-כוח התובעים בדיון מיום 5.4.2021 בבית המשפט המחוזי "השם של המערערת נכלל בכותרת מחמת טעות" (ש' 11, ע' 1). אין מחלוקת גם כי החוזה נכרת מול התובע. ואולם, אין מחלוקת גם כי מי שמימן את התקנת החלונות, עבודות האיטום והתקנת המזגנים בדירת הנתבעת, היא התובעת. כפי שנקבע בפסק הדין של ערכאת הערעור, המכלול העובדתי מעיד על התקשרות חוזית "שפשטה צורה ולבשה צורה". מכאן יוצא, כי אף שנראה כי התובע לא הוציא את כספי מימון העלויות מכיסו

האישי לשם קיום החוזה, אלא באמצעות התובעת, הרי הוא זכאי לעתור להשבה, והדבר עולה בקנה אחד עם סעיפים 10 ו-13 בפסק דינה של ערכאת הערעור. למעלה מן הצורך אציין, כי אף שפורמאלית החוזה נכרת על-ידי התובע, אך מכלול ההתנהלות מול הנתבעת לשם קיום החוזה, מצביע על כך שהוא והתובעת חד הם.

14) מכאן לגוף המחלוקות בסוגיית ההשבה, לפי סעיף 21 בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"):

> "משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויו של מה שקיבל"

15) לפי זאת, כלל הוא בדיני החוזים, כי עם זכות הביטול של החוזה שלובה חובת השבה הדדית [ע"א 687/89 סידני לירן נ' חיים גבריאל, פ"ד מה(2) 189, 194 (1990)]. יסודה של חובה זו מצוי בדיני עשיית עושר ולא במשפט, ותכליתה למנוע התעשרות שלא כדין של צד אחד לחוזה על חשבון הצד השני [ע"א 3861/13 יוסף עוזיאל נ' עו"ד דורון לנגה (13.5.2015), פסקה 9 בחוות דעתה של כבוד השופטת ע' ברון; ג' שלו ו-י' אדר, דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי, ע' 695 (תשס"ט)]. למען הסר ספק, הזכות להשבה אינה תרופה על הפרת החוזה, אלא היא סעד שהוא "זכות ראשונית שהדין מעניק לכל אחד מן הצדדים לחוזה כדי להגן על אינטרס ההשבה שלו (במובן הצר) – אינטרס הנתון בסכנה בעקבות פקיעת הקשר החוזי" [שלו ואדר לעיל, ע' 695].

16) סעיף 9 בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: "חוק התרופות"), מורה:

> "(א) משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך.

(ב) בוטל החוזה בחלקו, יחולו הוראות סעיף קטן (א) על מה שהצדדים קיבלו על פי אותו חלק"

17) שני הסעיפים דלעיל מעגנים את הכלל לפיו בהעדר אפשרות להשבה בעין (אם היא בלתי אפשרית, בלתי סבירה או – לפי סעיף 9 בחוק התרופות – "שהנפגע בחר בכך"), ניתנת השבה בשווי.

18) הנתבעת עותרת כאמור בטיעוניה, גם לפטור מלא מחובת ההשבה. בעניין זה היא נשענת על סעיף 2 בחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר ולא במשפט"). סעיף זה כותרתו "פטור מהשבה" והוא מורה כי "בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת" (ההדגשה אינה במקור).

19) הגנה זו על "הזוכה", שמכונה בפסיקתנו הענפה "הגנת הצדק", לפיה לבית המשפט נתון שיקול דעת לפטור את הזוכה באופן מלא או חלקי מחובת ההשבה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, בהתקיים נסיבות שעושות את ההשבה בלתי צודקת בנסיבות העניין. הגנת הצדק האמורה, הוחלה בפסיקה גם על השבה שיסודה הוא חוזה, מאחר ותכליתה הוא מניעת עשיית עושר ולא השבת המצב לקדמותו [ע"א 5267/03 עו"ד סיגל פרג'-גשורי נ' יעל מיטל, פ"ד נט(5) 337, 362 (2005); ראו גם דעת הרוב בדנ"א 10901/08 בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים, פ"ד סה(1) 350 (2011); שלו ואדר לעיל, ע' 706-707].

20) בעניין פרג' לעיל נקבע גם, כי הוראה זו (סעיף 2 בחוק עשיית עושר ולא במשפט), "נותנת בידי בית המשפט, במקרים מיוחדים וחריגים, כלים להתאים את הסדרי ההשבה באופן שיביאו לתוצאות צודקות ביחסים שבין הצדדים המעורבים" (ע' 362). ברע"א 1816/13 אמ.די.הי. בניה ותעשיה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (21.4.2013), נקבע כי השימוש בסייג הצדק שבדיני עשיית עושר לשם מתן פטור מהשבה עקב ביטול חוזה

הוא החריג, וכי השימוש "ייעשה באופן מדוד ומבוקר" (פסקה ח' בחוות דעתו של כבוד השופט א' רובינשטיין).

21) לשלמות התמונה, יצוין בהקשר זה, כי החלה זו של הגנת הצדק על השבה מכוח דיני החוזים, אינה נטולת מחלוקות בפסיקה של בית המשפט העליון. כך למשל דעתו של כבוד השופט א' ריבלין בעניין בייזמן לעיל, שעמדה על החפיפה בין דיני עשיית העושר לבין דיני החוזים, ולפיה אין מקום להחלת דינים אלה על אלה, שכן זה יפגע באיזונים הפנימיים שבדיני החוזים, וכי בכל מקרה, עקרונות הצדק אשר נטען כי מצדיקים החלה כאמור, כבר מוסדרים בדיני החוזים עצמם.

22) משם לכאן. כאמור, התובעים עותרים להשבה מלאה. הנתבעת לעומתם טוענת בעיקר לפטור מלא מהשבה על-יסוד שלל טענות: הקושי בהשבה הדדית בעין, על מנת למנוע התעשרות שלא כדין של התובע, בהתחשב ביחסי הכוחות בין הצדדים, בהתחשב בהתנהגותם וכן משלא מנע או הקטין התובע את נזקו.

23) כעולה מחומר הראיות שהציגו התובעים, במסגרת ההתקשרות החוזית, התובעים ביצעו עבודות בדירה בעלות כוללת בסך 225,042 ₪. סכום זה מורכב מסך 94,400 ₪ (לפי קבלה מיום 13.2.2015 עבור עבודות אלומיניום), סך 66,080 ₪ (לפי קבלה מיום 2.4.2015 עבור עבודות בדירה), סך 46,362 ₪ (לפי קבלה מיום 7.5.2015 עבור עבודות איטום, צביעה ואלומיניום), זאת לצד התקנת שני מזגנים בעלות 18,200 ₪ (לפי חשבונית מיום 15.12.2014). הסכום המצרפי של הסכומים האמורים, כשהוא משוערך מיום הגשת התביעה (8.6.2017) ועד היום הוא 243,200 ₪. אעיר כי בדיון ההוכחות מיום 25.6.2020 התברר כי מדובר בשלושה מזגנים (ש' 1-2, ע' 67).

24) הנתבעת לא סתרה ראיות אלו, בין בראיות נגדיות מטעמה, בין בחקירה הנגדית של עדת התובעים ולא עשתה כן בעדותה (ש' 25-27, ע' 53; ש' 1-9, ע' 54; ש' 23-24, ע' 60; ש' 20, ע' 61; ש' 1-2, ע' 67). הנתבעת לא הציגה אף קבלה או חשבונית וממילא לא זימנה אף עד מטעמה, שיש בהם לסתור את טענות התובע הן לתיאור העבודות שבוצעו בדירתה (באמצעות התובעת או הקבלן מטעם הנתבעת), היקפן ועלויותיהן. הנתבעת לא

הניחה כל תשתית ראייתית לפיה היא נשאה בעלויות של העבודות בדירתה, באופן מלא או חלקי. למעלה מן הצורך אציין, כפי שהיה ניתן להתרשם מעדות הנתבעת עצמה, דובר על עבודה בהיקף רחב (ש' 9, ע' 54; ש' 19, ע' 62).

אשר לטיב הזיגוג, כבר נקבע בסעיף 6 בפסק דינה של ערכאת הערעור, כהאי לישנא:

> "לנוכח הקביעה לפיה החלונות הותקנו על ידי הקבלן מטעם המשיבה, הרי שעל המשיבה הוטל הנטל להביא את הקבלן לעדות. משלא עשתה כן, נוטה הכף לקבלת טענת המערער לפיה החלונות הכפולים שהותקנו נבעו מבחירה של הקבלן על יסוד הוראותיה של המשיבה ולא בשל החלטה של המערער לסטות מהוראות ההסכם שבין הצדדים"
> (ההדגשה אינה במקור)

25) מן הצד האחר, אין מחלוקת עובדתית בכך שהנתבעת לא התייצבה לדיון בהתנגדות שהגישה ואשר היה אמור להתקיים ביום 8.1.2014, כפי שהתחייבה בחוזה הכתוב מושא התובענה. למעשה, התנגדותה נמשכה ולא נדונה בשל העדר התייצבות.

26) סבורני כי בנסיבות העניין השבה הדדית בעין אינה סבירה. אשר להשבה לתובע, אמנם תיאורטית ניתן להורות על פירוק החלונות והמזגנים, אך ברי לכל בר דעת – ובהעדר כל תשתית מוכחת אחרת – כי ערכם של אלה אינו כביום התקנתם אלא הרבה פחות ממה שהיה, בין היתר, נוכח הבלאי והשימוש הרגיל שנעשה בהם על-ידי הנתבעת במרוצת השנים (ראו והשוו: שלו ואדר לעיל, ע' 741). בנוסף, ברור כי עבודות האיטום והצבע שבוצעו בדירה אינן טובין שניתן "להשיב" בעין. על כן, כל שאפשרי בנסיבות אלו הוא "לשלם לו את שוויו של מה שקיבל" (סעיף 21 בחוק החוזים וסעיף 9 בחוק התרופות), ובכל אופן זוהי בחירת התובע ("הנפגע" – כלשון סעיף 9 המוזכר).

27) כך גם ביחס להשבה לנתבעת. הימנעותה מלהתייצב לדיון בוועדה ביום 8.1.2014, פעולה זו, אף היותה פסיבית, היא אינה בת-השבה בעין. בהקשר אחרון זה, מקובלת עליי עמדת הנתבעת לפיה הימנעות זו היא בעלת ערך כלכלי. כידוע, התנגדות תכנונית ככלל, ייתכן והייתה מתקבלת בסופו של יום על-ידי הוועדה ומונעת מתן היתר בנייה או כל שימוש אחר לידי מבקשו; היא הייתה יכולה גם להתקבל באופן חלקי ולהביא למתן היתר מסויג

שכפוף לתנאים כאלה ואחרים, וכמובן היא הייתה יכולה להידחות על-ידי הוועדה, כך למשל לו היה מתברר כי מדובר בהתנגדות סרק.

כך או כך, עצם הגשת ההתנגדות והצורך בבירורה אינו דבר של מה בכך. צעד זה, לרוב ולכל הפחות, יש בו להאריך את ההליך להוצאת ההיתר המיוחל, על כל הנובע מכך מבחינה עיכובי זמנים והוצאות. הדברים יפים שבעתיים עת מדובר בהליך להוצאת היתרים לשימושים ופעילות עסקית, כבעניינו של התובע, על כל הכרוך בכך מבחינת משמעויות כלכליות. בעניין זה, לא נעלמה מעיניי גם טענת הנתבעת לפיה הסרת התנגדותה הייתה לה משמעות גם לנוכח הליכים אחרים שהתנהלו נגד התובע אותה עת.

28) ברם, אף אחד מהצדדים, לא כל שכן הנתבעת, לא הניחו לפני בית המשפט במסגרת תצהירי הם או עדויותיהם, כלים, אינדיקציות או תשתית כלשהי שיכולה ללמד על השווי הכלכלי המוערך להימנעות מהתנגדות כגון-דא. בעניין זה, לדעתי, הואיל והתובעים כבר עתרו בתביעתם להשבה, היה על הנתבעת להתמודד כראוי במועד הגשת תצהיריה וראיותיה עם טענה זו, בכלל זה, להניח בפני בית המשפט תשתית מניחה את הדעת, וליתר דיוק – פימות באמצעות שומה, לערך הכלכלי של הימנעותה בנסיבות העניין.

29) בבואו של בית המשפט לשקול שיקולי צדק בקביעת ההשבה, ייתכן ובית המשפט ישית על צד חובת ההשבה ויפטור את האחר מחובה זו (שיקול ההדדיות); יתחשב בהתנהגות הצדדים ותום לבם על מנת שהחוטא לא ייצא נשכר (שיקול התנהגות הצדדים) [ענין פרג' לעיל, ע' 363; עניין אמ.די.הי. לעיל, פסקה ח'); יתחשב באשמה של כל צד (דוקטרינת האשם התורם) [ע"א 1156/10 אפרת האס נ' חברת הבונים בע"מ, חוות דעתו של כבוד השופט א' רובינשטיין (18.11.2012)], בכל אופן, לפי הגישה בספרות המשפטית (שלו ואדר לעל, ע' 723):

> "כאשר הצד התובע השבה הוא הנפגע, הרי שככלל, תאומץ אמת המידה המיטיבה עימו והמחמירה עם המפר. לעומת זאת, כאשר הצד התובע השבה הוא המפר, ראוי שתינקט גישה הפוכה, המחמירה עימו והמיטיבה על הנפגע"

30) נשוב לענייננו. עם כל הזהירות ומבלי לטשטש את האבחנה בין הנפגע (התובע) לבין המפר (הנתבעת), סבורני כי לכל אחד מהצדדים, על-יסוד התנהגותו לאחר כריתת החוזה, ניתן לזקוף אשם מוסרי או כרסום בתום לבו לקיום החוזה. כך למשל, טוענת הנתבעת כי לעומת התובע שפעל בחוסר תום לב, היא הייתה תמת לב וסברה שלא הייתה לה התחייבות חוזית זולת הימנעותה מלהופיע בוועדה. ברם, לנוכח מסקנת בית המשפט המחוזי לפיה התחייבות הנתבעת הייתה "שלא לנקוט הליכים כנגד התוכנית שקידם המערער" (סעיף 10), ברי אם כן כי פעולותיה האקטיביות דווקא (במובחן מפעולתה הפסיבית מיום 8.1.2014) לסכל את קידום הפרויקט של התובע באמצעות השתתפות בהתנגדויות בהמשך או בהליכים משפטיים נגדו, חרף התחייבותה החוזית כלפיו, אין בהן – בלשון המעטה – להעיד על התנהגות תמת לב מצדה. די בהתנהגות זו כדי לכרסם בעתירתה לפטור, ולבטח לא בפטור מלא, מהשבה.

31) מנגד, ולאחר שהצביעה על כך הנתבעת באופן עקבי לאורך כל טיעוניה בהליך, נלקחים בחשבון גם הקשיים לכאורה בחוקיות הפעילות של התובעים בכיכר כפי שעולה מההחלטות השיפוטיות שניתנו לאחר כריתת החוזה וביצוע העבודות בדירה. ראו בהקשר זה, פסק הדין בעע"מ 7344/16 הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים ואח' נ' ועדת הערר המחוזית לתכנון ולבניה מחוז ירושלים ואח', סעיף 26 (28.8.2017), וכן ראו החלטת ועדת הערר לתכנון ובניה במחוז ירושלים, בעניין 144/14-1, בישיבתה מיום 14.11.2017, בה נכתב בין היתר: "במהלך הדיון בפנינו התברר כי הועדה המקומית מודעת ל"עולם המקביל" ומכירה באי חוקיותו ואולם מעלה קשיים במישור יכולת האכיפה. אם כך הדבר, שואל ב"כ העוררים, כיצד ניתן יהיה לדון ברצינות במגבלות שימוש ולערוך את האיזון אשר עליו הורה בית המשפט העליון בפסיקתו. נותיר בעת הזו, את השאלה תלויה באוויר" (ההדגשה אינה במקור).

32) אמנם בית המשפט אינו נדרש לשאלה מה המצג אשר הניח התובע לפני הנתבעת בעת כריתת החוזה או לאחר מכן, אך יש בסיס סביר להתרשם כי פעילותו האקטיבית להסיר כל התנגדות תכנונית או משפטית, מפני פעילות המיזם שלו בכיכר, הייתה נובעת מרצונו לפעול באופן חוקי, לפי היתרים ואישורים כדין. שעה שטריבונאלים שיפוטיים התרשמו אחרת, לכאורה, אף בזאת יש כרסום בתום לב הנפגע. בשולי הדברים אעיר, כי לא ברור

כלל מדוע התובעים, כל שכן התובע – אשר כפי שהיה ניתן להתרשם מטיעוני הצדדים הוא איש עסקים מנוסה – לא טרח לערוך חוזה מקיף ומסודר מזה שערך מול הנתבעת.

33) אשר לטענות ההדדיות לעניין ערך דירת הנתבעת – עליית ערך הדירה (כטענת התובעים) או ירידת ערכה (כטענת הנתבעת) – לא הונחה כל חוות דעת שמאית על-ידי מי מהצדדים, הטענות מועלות בעלמא ולא הוכחו. אעיר, כי טענה כגון-דא ראוי היה לתמוך אותה בחוות דעת שמאית מתאימה עוד במועד הגשת הראיות בהליך.

34) לאחר יישום של כל האמור ושקלול אלה – מצד אחד: ההפרה מצד הנתבעת שהוכחה וכימות העלויות מושא ההשבה שגם הוא הוכח, ומצד שני: מתן הדעת לעצם קיומו של ערך כלכלי להתחייבות הנתבעת שכבר קוימה, שקלול אשמו היחסי של כל צד, תום לבו ומיהות הצדדים – ומתוך הגשמת התכליות לפיהן לא יתעשר מפר שלא כדין ולא יוצא חוטא נשכר, משיקולי צדק, קובע בזאת כי הסכום שעל הנתבעת להשיב לתובע יהיה בגובה שני שלישים (2/3) מהעלות המוזכרת בסעיף 23 לעיל, ובסך-הכל (מעוגל) **162,200** ₪.

35) כמובן, נדחית בזאת מניה וביה עתירת הנתבעת לפטור מלא מהשבה, ולו מהטעם לפיו אם תתקבל עתירה זו, ייווצר מצב אבסורדי. מצד אחד, היא תהיה משוחררת מהחוזה; מצד שני, היא כבר קיבלה את העבודות, המזגנים, והחלונות בחינם; ומצד שלישי, היא לא תידרש להחזיר שקל אחד חרף הפרת החוזה. תוצאה זו אינה נכונה ואינה צודקת.

<u>סיכום</u>

36) על-יסוד האמור, מורה לנתבעת להשיב לתובע סך **162,200** ₪. הנתבעת תישא גם בהוצאות ובשכר טרחת עורך דין בצירוף מע"מ כדין, בסך <u>כולל</u> **20,000** ₪.

37) הסכומים האמורים ישולמו לתובע תוך 30 יום, שאם לא כן, הם יישאו הפרשי הצמדה וריבית ממועד מתן פסק הדין ועד מועד ביצוע התשלום בפועל.

זכות ערעור כקבוע בדין.

<u>המזכירות - להודיע לצדדים ולהמציא להם את פסק הדין בהתאם.</u>

ניתן היום, י"ד כסלו תשפ"ב, 18 נובמבר 2021, בהעדר הצדדים.



מוחמד חאג' יחיא, שופט