



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 10467/08

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט י' דנציגר

המערער : עומר חג'אזי

נגד

המשיבים : 1. אדיב עיאס  
2. ריאד דיאב  
3. מג'דוב ממדוח  
4. תיסיר דיאב  
5. בנק הפועלים-סניף שפרעם  
6. רשם המקרקעין-נצרת

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה  
(השופטת ב' בר-זיו) מיום 22.10.2008 בת.א. 534/06

תאריך הישיבה : ז' בתשרי התשע"א (15.09.2010)

בשם המערער : עו"ד לואי דיאב ; עו"ד עלא דיאב

בשם המשיב 1 : עו"ד רועי מור

בשם המשיב 6 : פטור מהתייצבות

### פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופטת ב' בר-זיו) מיום 22.10.2008 בתיק אזרחי 534/06 אשר דחה את תביעת המערער להצהיר כי הוא זכאי להירשם כבעליהן של חלקות מקרקעין שנרכשו על ידו בשנת 1991. עניינו של ההליך

בתחרות בין זכותו של המערער בחלקות אלו לבין זכותו של המשיב 1, אשר הטיל עיקול על המקרקעין במועד מאוחר יותר בטרם נרשמה הערת אזהרה על ידי המערער.

רקע עובדתי

2. ביום 10.11.1991 ביצע המערער שתי עסקאות רכש מקרקעין: באחת, רכש מהמשיבים 2-4 (להלן: המוכרים) את זכויותיהם בחלקה 24 בגוש 18566 (להלן: העסקה הראשונה), ובשנייה רכש את זכויותיו של המשיב 2 בלבד בחלקות 28, 29 ו-30 בגוש 18579 וכן 300 מ"ר מתוך חלקה 50 בגוש 18579 (להלן: העסקה השנייה). לשם ביצוע העסקאות נחתמו שני ייפוי כוח נוטריוניים בלתי חוזרים, האחד על ידי המוכרים כולם והשני על ידי המשיב 2 בלבד, שנועדו "למכור ולהעביר, להשכיר [ו]להחכיר" למערער את הנכסים הרלוונטיים בעבור תמורה נקובה ולשנות את הרישום בפנקסי המקרקעין בהתאם. דא עקא, שמחמת סיבה בלתי ידועה, נרשמה הערת אזהרה להבטחת זכויותיו של המערער רק בנסח החלקה נשוא העסקה הראשונה, ואילו ביחס למקרקעין נשוא העסקה השנייה לא נרשמה הערה דומה. מאוחר יותר, ובטרם הסתיימו שתי העסקאות ברישום, הוטלו על החלקות מספר עיקולים: על החלקה נשוא העסקה הראשונה הוטלו בין השנים 1993-1998 עיקולים שונים לטובת משיבים 5-9, ועל החלקות נשוא העסקה השנייה הוטל בשנת 1995 עיקול לטובת המשיב 1 (להלן: המעקל).

ההליכים בבית המשפט קמא

3. בשנת 2006 פנה המערער לבית המשפט קמא בתביעה לסעד הצהרתי לפיו הוא זכאי להירשם כבעליהן של חלקות המקרקעין אותן רכש בשתי העסקאות. בתביעתו טען המערער כי זכותו על פי ייפוי הכוח עדיפה על זו של המשיבים 1, ו-5-9 אשר הטילו עיקולים על החלקות במועד מאוחר לעסקאות המכר.

ביום 23.11.2006 קבע בית המשפט המחוזי בחיפה (השופטת ח' הורוביץ) בפסק דין חלקי שניתן בהעדר הגנה מצד המוכרים ובהסכמת המשיבים 5-9, כי המערער זכאי להירשם כבעליה של החלקה נשוא העסקה הראשונה, אשר ביחס אליה נרשמה עסקת אזהרה לטובת המערער עוד בטרם הוטלו העיקולים. כמו כן, הורה בית המשפט כי העיקולים שנרשמו על זכויות המוכרים באותה חלקה לטובת המשיבים 5-9, ימחקו.

4. בנסיבות אלה, נותרה לפני בית המשפט קמא אך המחלוקת בין המערער לבין המעקל בנוגע למקרקעין נשוא העסקה השנייה, אשר לגביה, כזכור, טרם התבצעה במועד הטלת העיקול כל פעולה לרישום זכויותיו של המערער. המערער טען בפני בית המשפט קמא, כי זכותו שביושר כרוכש של חלקות המקרקעין גוברת על העיקול שהוטל עליהן במועד מאוחר יותר. מנגד, טען המעקל כי יפוי הכוח הנוטריוני שהציג המערער אינו מקיים אחר דרישת הכתב המופיעה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), ומשכך ממילא לא קנה המערער זכות קניין שביושר בחלקות האמורות. מכיוון ששני הצדדים סברו כי המחלוקת ביניהם נוגעת אך לסוגיות שבדין, ואילו ביחס לעובדות המקרה הינם תמימי דעים, הוסכם ביניהם על הסדר דיוני לפיו יוגשו סיכומים בכתב בצירוף מסמכים רלוונטיים ובית המשפט יכריע בתיק מבלי לשמוע ראיות (כעולה מפרוטוקול הדיון מיום 28.11.2007). בית המשפט קמא קיבל את ההסדר שהוצע על ידי הצדדים ונתן את פסק דינו על יסוד החומר שהיה בפניו כאמור.

5. ביום 22.10.2008 ניתן פסק דינו של בית המשפט קמא אשר דחה את תביעתו של המערער. בית המשפט היה מוכן אמנם להניח כי המערער רכש זכות קניין שביושר במקרקעין – וזאת בהתחשב בהלכה לפיה גם מסמך שהוגדר כייפוי כוח יכול לשמש בתנאים מסוימים כ"מסמך בכתב", כמשמעו בסעיף 8 לחוק המקרקעין, לצורך יצירת התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין (ראו: ע"א 380/88 טוקאן נ' אלנשטיין, פ"ד מה(5) 410, 423-424 (1991); ע"א 4836/06 עיזבון המנוח סאלח יוסף חמוד ז"ל נ' כמאל חרב (לא פורסם, 13.7.2008)). אולם, בנסיבות המקרה סבר בית המשפט כי ממילא יש להעדיף את זכותו של המעקל ועל כן אין הכרח להכריע בשאלת מעמדו של יפוי הכוח. בית המשפט קמא ביסס את הכרעתו על פסיקתו של בית משפט זה (השופטים א' ריבלין, א' פרוקצ'יה וע' ארבל) בע"א 8497/06 דות טורג'מן לחמן נ' בנק דיסקונט (לא פורסם, 4.8.2008) (להלן: עניין טורג'מן) במסגרתה נקבע כי על פי הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין בדבר תחרות בין צדדים ל"עסקאות נוגדות", זכותו של בנק שרשם בתום לב משכנתא להבטחת הלוואה, עדיפה על זכותה של בעלת זכות קניין שביושר שלא רשמה הערת אזהרה. בית המשפט קמא החיל את הלכת טורג'מן על נסיבות המקרה דנן, ומצא כי "בענייננו – כלל לא נטען כנגד תום ליבו של הנתבע מס' 5 [המעקל – ד.ב.] ומאידך, התובע לא נתן כל מענה לשאלה מדוע זכויותיו על פי יפוי הכוח משנת 1991 לא נרשמו על שמו עד 1995". לפיכך, נפסק כי "ההימנעות מרישום הזכויות על ידי התובע יש בה כדי לשלול עדיפותו" (פסקאות 14 ו-15 לפסק הדין בהתאמה).

בהתייחסו לטענת המערער לפיה ההלכה שנקבעה בע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' מזל אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999) (להלן: עניין אהרונוב) מורה באופן מובהק כי העיקול נסוג מפני זכותו המעין קניינית של רוכש הנכס, קבע בית המשפט כי הפסיקה בנושא זה אינה חד משמעית, אלא מותירה פתח להתחשבות בנסיבות הפרטניות של כל מקרה ומקרה; כאשר במקרים המתאימים, בהם הימנעותו של הרוכש מרישום הערת אזהרה עולה כדי חוסר תום לב, ישנה אפשרות להעדיף את זכותו של הנושה המעקל. בהקשר זה הפנה בית המשפט קמא לפסק הדין שניתן בע"א 468/03 חברת יואב קיין בע"מ נ' עזבון המנוחה שלווה קושניר (לא פורסם, 5.12.2005) (להלן: עניין קושניר) בו סוכמה ההלכה בסוגיה זו והוזכרה האפשרות להעדיף במקרים חריגים את זכותו של הנושה.

#### טענות הצדדים בערעור

6. המערער טוען כי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי נפלו מספר שגגות: ראשית, נטען כי פסק הדין עומד בסתירה להלכות מושרשות שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה בעניין אהרונוב ובע"א 790/97 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' גדי, פ"ד נט(3) 697 (2004) (להלן: עניין גדי), ושבו ואוששו בפסק הדין בעניין קושניר, לפיהן ככלל בתחרות שבין בעל זכות קניין שביושר לבין נושה שהטיל עיקול על הנכס במועד מאוחר להיווצרות הזכות שביושר, גוברת זכותו של הראשון; שנית, טוען המערער כי שגה בית המשפט קמא בסיווג המשפטי של השאלה הניצבת ביסוד ההליך. לטענתו, בית המשפט קמא גזר גזירה שווה בין עסקת משכנתא, אשר בה עסק, כזכור, פסק הדין בעניין טורג'מן, לבין הטלת העיקול בענייננו. כפועל יוצא מכך, החיל בית המשפט על נסיבות המקרה דנן את מבחני סעיף 9 לחוק המקרקעין בדבר ביצוע "עסקאות נוגדות" מבלי שהייתה להם כל רלוונטיות; לבסוף, מלין המערער על הקביעה כי בנסיבות המקרה הימנעותו מרישום הערת אזהרה עולה כדי הפרה של חובת תום הלב. טענה זו לא הוזכרה בכתב ההגנה של המעקל, אלא הועלתה על ידו לראשונה רק בשלב הסיכומים. לפיכך, לטענת המערער, מדובר ב"הרחבת חזית" אסורה שהתבצעה תחת התנגדות מפורשת מצד בא-כוחו, ועל כן לא ניתן היה לבסס עליה את ההכרעה המשפטית. בנוסף, נטען כי בשל ההסדר הדיוני עליו הוסכם בין הצדדים ממילא לא נפרשה בפני בית המשפט קמא תשתית עובדתית מספקת לצורך קביעת ממצא עובדתי בדבר פעולה בחוסר תום לב מצד המערער.

7. מנגד, טוען המעקל כי יש להותיר על כנה את התוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא, גם אם מטעמים אחרים מאלו שפורטו בפסק הדין. המעקל תומך יתדותיו באפשרות שהוזכרה בפסק הדין בעניין גדי והושארה ב"צריך עיון", לפיה יתכנו מצבים

חריגים בהם כפועל יוצא מהפרת חובת תום הלב על ידי רוכש הנכס, תינתן עדיפות לזכותו של הנושה המעקל על פני זכותו המעין קניינית של הרוכש. לשיטתו, בנסיבות המקרה הקונקרטיות יש לקבוע כי המערער נהג בחוסר תום לב כלפיו, ומשכך זכותו שלו על פי העיקול גוברת. זאת, בהתחשב בכך שהמעקל דנן הינו אדם פרטי ולא "נושה מקצועי" ובשים לב לאופיים של המקרקעין נשוא המחלוקת שאינם דירת מגורים, ולפיכך נטען כי קשה יותר להתחקות אחר זהותו של המחזיק בהם. זאת ועוד, המעקל מדגיש כי בעניינו העובדה שכן נרשמה הערת אזהרה לטובת המערער ביחס לזכויות שנרכשו על ידו במסגרת העסקה הראשונה, אשר התבצעה באותו מעמד, מעוררת שאלות ותהיות באשר לאי רישום הערת אזהרה להבטחת הזכויות שנרכשו על ידי המערער במסגרת העסקה השנייה. בהתחשב בכך, טוען בא-כוח המעקל כי חל על המערער נטל מוגבר להוכיח כי לא הפר את חובת תום הלב כלפי המעקל – ונטל זה לא עלה בידי המערער להרים.

דיון

8. הערעור שלפנינו מעלה פעם נוספת את הצורך להכריע בתחרות בין רוכש נכס בעל זכות קניין שביושר לבין נושה של המוכר אשר הטיל עיקול על הנכס במועד מאוחר למכירתו. ההלכה בסוגיה זו הותוותה בשורה של פסקי דין אליהם הפנו באי-כוח הצדדים בסיכומיהם. למעשה, אין מחלוקת בין הצדדים באשר למסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לצורך הכרעה במקרים כגון דא, ומשכך השאלה הניצבת בפנינו נוגעת אך ליישומה של ההלכה על עובדות המקרה שלפנינו. נסקור, אפוא, בתמצית את הפסיקה הרלוונטית.

9. הסוגיה של תחרות בין מי שבידו התחייבות להקנות לו בעלות בנכס לבין זכותו של מעקל שהטיל עיקול על הנכס במועד מאוחר יותר הוכרעה בפסיקה בעניין אהרונוב. ההלכה שנקבעה בעניין אהרונוב היתה מאז ואילך לנקודת המוצא לבחינת ההכרעה בתחרות על זכויות בנכס בין רוכש שנמנע מרישום הערת אזהרה לבין נושה של המוכר שהטיל עיקול על הנכס כדי לממש את הנשייה. לפי אותה הלכה, כאשר מוכר מתחייב להקנות בעלות במקרקעין או במיטלטלין לקונה, משתכללת אצל הקונה זכות שביושר בנכס. זכות זו היא מעין זכות קניין, ולפיכך כוחה יפה כלפי צדדים שלישיים. כתוצאה מכך, נשללת מנושיו של המוכר האפשרות לממש את נשייתם באמצעות הנכס הנמכר, ואם הטילו עיקול על הנכס – בטל העיקול מפני זכותו של הרוכש. יחד עם זאת, לצד הכלל האמור, הוזכרה בפסק הדין בעניין אהרונוב האפשרות להכיר בעדיפותו של בעל העיקול המאוחר על בעל הזכות שביושר במקרים יוצאי דופן מכוח עקרונות יסוד במשפט כגון עקרון תום הלב ודוקטרינת המניעות (ראו לעניין זה:

שס, עמ' 279 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) מ' חשין; עמ' 287-288 לפסק דינה של השופטת ד' דורנר).

נקודת הציון הבאה בהתפתחות ההלכות המסדירות את דיני התחרות בין בעלי זכויות נוגדות בנכס נקבעה בע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003) (להלן: עניין גנז). באותה פרשה נפסק כי מכוח עקרון תום הלב חלה על רוכש הנכס חובה לפעול כמידת יכולתו בכדי לרשום הערת אזהרה בדבר קיומה של עסקת המכר בפנקסי המקרקעין, ומשלא עשה כך, עלול הוא בנסיבות מסוימות לאבד את עדיפותו על פני רוכש מאוחר.

10. שאלת קיומו של חריג להלכה שנקבעה בעניין אהרונוב התעוררה בשנית בעניין גדי בנסיבות בהן ייחס המעקל חוסר תום לב לרוכש שלא רשם הערת אזהרה אף שהחזיק בדירה שרכש. לימים, הוטל על הדירה עיקול בגין חוב כספי של המוכר לבנק. בעניין זה עלתה טענה מצד הבנק המעקל כי ראוי לצמצם את הלכת אהרונוב ולקבוע כי בנסיבות בהן התרשל הקונה באי רישום הערת אזהרה נשללת עדיפותו על פני המעקל. בפסק הדין שניתן בפרשה זו בחן בית המשפט את השפעתו של עיקרון תום הלב על היחסים שבין רוכש הנכס לבין המעקל וקבע כי "בעקרון, במצב הדברים הטיפוסי, אין הקונה מפר באי רישומה של הערת אזהרה את חובת תום הלב כלפי מעקל שהטיל עיקול לאחר היווצרות זכויות הקונה" (דברי הנשיא ברק, בעמ' 705 לפסק הדין). הכרעה זו התבססה על ניתוח אופיין של הזכויות המתנגשות והאינטרסים הנוגעים לסכסוך: ראשית, ציין בית המשפט כי העיקול הינו אמצעי דיוני גרידא ואין בו כדי להקנות למעקל זכות מהותית בנכס. לפיכך, הטלת עיקול על נכס לאחר מכירתו אינה דומה לסיטואציה של "עסקאות נוגדות", שכן מדובר בהתנגשות כלכלית בלבד ולא בהתנגשות קניינית. בהקשר זה נקבע, כי "אין לגזור גזירה שווה לשני סוגי העימותים. חובת תום הלב, אין פירושה אחריות מוחלטת לכל התנגשות כלכלית" (שס, בעמ' 706); שנית, הבהיר בית המשפט כי על פי רוב, מעקלים אינם מסתמכים על המצב הרישומי של הנכס בעת יצירת עסקת הנשייה. במצב הטיפוסי, המעקל הינו נושא בלתי מובטח אשר מחפש בדיעבד נכס להיפרע ממנו, "ציפיותיו להיפרע מן החייב הן כוללניות ואינן קשורות במישרין לנכס המעוקל" (שס, בעמ' 707), ולפיכך הסתמכותו על המרשם הינה חלשה; שלישית, וכפועל יוצא מהאמור לעיל, על דרך הכלל לא קיים קשר סיבתי בין המחדל שבאי רישום הערת האזהרה לבין היווצרות הנשייה של המעקל. לכל היותר, אי רישום הערת האזהרה גרם לנושה לקיים הליך סרק של הטלת עיקול על נכס ממנו לא יוכל להיפרע; לבסוף, ציין בית המשפט כי למעקל אין אינטרס קונקרטי בנכס, וגם אם נוצרה בקרבו ציפייה מסוימת להיפרע ממנו, אין היא מגעת כדי אינטרס

משפטי מוגן הקרוב בעוצמתו לזכותו המעין קניינית של רוכש הנכס. נוכח כל האמור לעיל, קבע בית המשפט כדלקמן:

”הכלל הוא, אפוא, שאי-רישום הערת אזהרה אינו מנוגד לעקרון תום-הלב במצב הטיפוסי של תחרות בין קונה לבין מעקל. עצם ההתנגשות הכלכלית בין הקונה לבין הנושה הרגיל אינה מצדיקה, ככלל, שלילת העדיפות מכוח עקרון תום-הלב. שאלה יפה היא אם לכלל זה עשויים להיות חריגים. השאלה אינה מתעוררת בנסיבות המקרה שלפנינו, ואת הדיון בה ניתן להותיר לעת מצוא” (שם, בעמ’ 710 לפסק הדין).

11. שנה מאוחר יותר, בפסק הדין שניתן בעניין קושניר נדונה האפשרות להכיר בחריגים להלכת גדי. ואולם, בנסיבותיו הפרטניות של אותו מקרה נקבע כי התנהגותה של בעלת זכות קניין שביושר לא היתה משוללת תום לב ולא הובילה לפגיעה באינטרסים מוגנים של המעקלים. ציינו שם כי “איננו סבורים כי הפרשה שבפנינו מלמדת על קיומו של חריג לכלל שנקבע בפרשת גדי, ככל שחריג כזה אכן קיים” (שם, בפסקה 25 לפסק הדין).

12. מן המקובץ עולה כי, על פי הפסיקה, ככלל זכותו של בעל זכות קניין שביושר גוברת על זכותו של נושה של הבעלים הרשום אשר הטיל עיקול על הנכס במועד מאוחר להיווצרות הזכות שביושר. הרציונאלים לכלל האמור הוצגו בהרחבה בפסק הדין בעניין גדי, וככל שקיימת הצדקה לסטות ממנו במקרים חריגים, עליה להבחין מתוך זיקה לאותם רציונאלים. כך, למשל, ראוי לבחון את מידת הסתמכותו של המעקל הקונקרטי על המצב הרישומי של הנכס בפנקסי המקרקעין, וכן את שאלת קיומו של אינטרס ספציפי למעקל בנכס המעוקל. אכן, לא נסתם הגולל על האפשרות להכיר בחריגים לכלל בדבר עדיפותו של הקונה, אולם חריגים אלו יקומו אך במקרים יוצאי דופן ובנסיבות שאינן טיפוסיות לתחרות בין רוכש ומעקל.

מן הכלל אל הפרט

13. כזכור, במקרה שלפנינו טוען המעקל כי הגיעה העת להכיר בחריג להלכות אהרונוב וגדי, ולקבוע כי בנסיבות המקרה הקונקרטיות הימנעותו של המערער מרישום הערת אזהרה עולה כדי פגיעה בעיקרון תום הלב בדרגה המצדיקה את העדפת זכותו של המעקל.

עקב אופייה של השאלה המונחת לפנינו שקלנו אם אין זה ראוי להחזיר את התיק לשמיעה בפני בית המשפט קמא בכדי שתפרש בפניו תשתית עובדתית מלאה שתאפשר להכריע על סמך עובדות בשאלת תום ליבו של המערער בהימנעותו מרישום הערת אזהרה. ברם, בצדק טען בפנינו בא-כוח המערער כי משהוסכם על ידי הצדדים על הסדר דיוני לפיו לא תשמענה ראיות, נקודת המוצא העובדתית שהייתה מונחת בפני בית המשפט קמא, וממילא בפני בית משפט זה, הינה כי לא הוכח חוסר תום לב מצידו של המערער. בנסיבות אלה, החזרת התיק לשמיעת ראיות בפני בית המשפט קמא תעניק למעקל הזדמנות בלתי מוצדקת לשפר את עמדתו ולהציג בדיעבד טיעונים חדשים אשר לא בא זכרם בכתב הגנתו.

14. בהקשר זה, טען בפנינו בא-כוח המעקל כי בנסיבות המקרה דנן הנטל להוכיח פעולה בתום לב מוטל על שכמו של המערער. לשיטתו, עצם העובדה שהמערער רשם הערת אזהרה ביחס למקרקעין נשוא העסקה הראשונה, ולא רשם הערה דומה ביחס למקרקעין נשוא העסקה השנייה – אף על פי ששתיהן נערכו באותו מועד ונחתמו בפני אותו נוטריון – יוצרת חזקה של חוסר כשרות ביחס לאי רישום הערת האזהרה השנייה. טענה זו אין בדינו לקבל. במצב הדברים דנן, לא ידוע מה היה הגורם לאי רישום הערת האזהרה, יתכן כי מדובר בטעות, שכחה או רשלנות של עורך הדין שייצג את המערער באותן עסקאות, כטענת בא-כוח המערער, ויתכן כי מדובר בכוונת מכוון, כנרמז בסיכומי בא-כוח המעקל. אולם, משהוסכם על ידי הצדדים כי לא יובאו ראיות בעניין זה, מוסיף נטל השכנוע בדבר קיומו של חוסר תום לב לרבוץ על שכמו של המעקל, שכן "העיקרון הוא, כי כל בעל דין, הטוען טענה מהותית לגירסתו במשפט, הוא הנושא בנטל השכנוע להוכחת אותה טענה. משמע: דיני הראיות הולכים אחר המשפט המהותי" (דברי השופט ד' לוי ברע"א 1436/90 גיורא ארד, חברה לניהול השקעות ושרותים בע"מ נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מו(5) 101, 105 (1992)). אשר על כן, לא ניתן לקבל את הטענה, שלא הוכחה, כי ברקע למחדלו של המערער לרשום הערת אזהרה ניצב מניע פסול. יתר על כן, כבר נקבע בפסיקה כי טענות בדבר קנוניה או מרמה יבחנו על פי אמות מידה מחמירות, ואין די בעצם העלאת החשד על ידי הצד שכנגד (ראו: עניין קושניר, פסקה 23; ע"א 2275/90 לימה חברה ישראלית לתעשיות כימיות בע"מ נ' רחנברג, פ"ד מז(2) 605, 615 (1993)). בעניין שלפנינו לא היה בחומר שהובא בפני בית המשפט, שמץ של ראיה בדבר חוסר תום לב מצידו של המערער, ואף הטענה בדבר היעדר הערת אזהרה מצד המערער רק לגבי חלקה אחת מבין שתיים, אינה מלמדת כלל על נסיבות הרישום, ובודאי לא על חוסר תום לב.



15. הנה כי כן, משנדחתה טענתו המרכזית של המעקל בדבר קיומן של נסיבות חריגות המצדיקות לקבוע כי המערער נהג כלפיו בחוסר תום לב ממילא נשמטה טענתו המרכזית לפיה המקרה דנן מצדיק להכיר בחריג להלכה שנקבעה בפסקי הדין בעניין אהרונוב ובעניין גדי. במקרה דנן, כלל לא נטען כי המעקל ידע בעת שנעתר לעסקת הנשייה כי המוכר הינו בעל זכויות קניין בחלקות נשוא הסכסוך, או כי בדק בפנקסי המקרקעין את רישום הזכויות בחלקות האמורות. כמו כן, כלל לא נטען כי המעקל הסתמך על העובדה שלא נרשמה הערת אזהרה לטובת המערער, וממילא לא הוכח כי קיומן של זכויות בחלקות נשוא המחלוקת היווה שיקול בהחלטתו של המעקל להתקשר עם המוכר. בנסיבות אלו, מדובר, למעשה, "במצב הטיפוסי של תחרות בין קונה לבין מעקל" כאמור בפסק הדין בעניין גדי, ועל כן, התוצאה המתחייבת היא כי למערער צמחה זכות קניין שביושר בחלקות נשוא הסכסוך, אשר כוחה יפה כלפי צדדים שלישיים – לרבות המעקל – ומשכך זכאי הוא לסעד ההצהרתי שהתבקש על ידו.

הסתמכותו של המעקל על עצם הטלת העיקול

16. עמדנו לעיל על כך שבמצב הטיפוסי של תחרות בין רוכש ומעקל, לא קיימת הסתמכות מצידו של המעקל על המצב הרישומי של הנכס, ומשכך לא קיים קשר סיבתי בין המחדל שבאי רישום הערת האזהרה לבין נזקו של המעקל. אולם, מתעוררת השאלה, מה בנוגע להסתמכותו של המעקל על עצם העובדה שנרשם עיקול לטובתו על הנכס. יתכן כי הצלחתו של המעקל לרשום עיקול על המקרקעין גרמה לו לוותר על חיפוש נכסים אחרים שבאמצעותם יכול היה להיפרע מהחייב. כמו כן, נקיטתו בהליך הטלת העיקול, אשר התברר בדיעבד כהליך סרק, גרמה למעקל להוציא הוצאות שונות שמהן יכול היה להימנע אילו פעל המערער כמוטל עליו ורשם הערת אזהרה. במקרה דנן, הסתמך המעקל במשך כשלוש שנים על העובדה שנרשם עיקול על זכויותיו של החייב בחלקות נשוא המחלוקת. לטענתו, מדובר באינטרס הסתמכות בעל חשיבות רבה, אשר נפגע אנושות שעה שהמערער מופיע לפתע בחלוף תקופה ארוכה ובפיו טענה כי רכש את הנכס מאת החייב שנים רבות קודם לכן. לשיטתו של המעקל, הסתמכות זו צריכה להוביל למסקנה כי ראוי להעדיף את זכותו שלו מכוח העיקול על פני זכותו של המערער, או למצער, להעביר את הנטל ההוכחה בדבר קיומו של תום לב לשכם המערער.

17. אכן, אפשר שצודק המעקל בטענתו כי מחדלו של המערער באי רישום הערת אזהרה הכשיל אותו לחשוב כי קיים בידי נכס מעוקל ממנו יוכל להיפרע, ובכך נפגע אינטרס ההסתמכות שלו. אולם, המסקנה אותה מבקש המעקל לגזור מכך הינה מרחיקת לכת, שכן הסעד ההולם ימצא במישור אחר. אמר על כך הנשיא ברק בעניין גדי:

"הכשלתו של המעקל מתבטאת לכל היותר בכך שעקב אי-הרישום הוא טרח להטיל עיקול. בבואו לממש את נשייתו מן החייב הוא הטיל עיקול על נכס שנחזה להיות בבעלות החייב, בהסתמכו על הרישום. הליך סרק זה היה נמנע לו רשם הקונה הערת אזהרה או השלים את העברת הזכויות בנכס לידי. ייתכן שיש מקום לחייבו בהוצאות שנגרמו למעקל, שטעה לחשוב כי מדובר בנכס של החייב (ראו כהן "חווה של קטינה" [16], בעמ' 190). בשלב הטלת העיקול ההסתמכות על הרישום עשויה, בנסיבות מסוימות, אף להביא את המעקל לוותר על דרכים אחרות או על נכסים אחרים להיפרע מן החייב. ייתכן כי גם נזקים מסוג זה, ככל שיוכחו, ניתן לתבוע מן הקונה. מכל מקום, סעד הפיצויים אינו הסעד המבוקש בענייננו כך שאין צורך להידרש בהרחבה לסוגיה זו ולקבוע בה מסמרות" (שם, עמ' 709 לפסק הדין).

אף בענייננו לא מתעורר הצורך להידרש בהרחבה לשאלת ההוצאות והפיצויים שכן טענה מעין זו לא הועלתה על ידי המעקל וממילא לא הובאו הוכחות בדבר קיומו והיקפו של הנזק שנגרם, לכאורה, למעקל.

#### טענות נוספות של המעקל

18. המעקל הציג בסיכומיו לפנינו טענות שונות המטילות ספק בעצם קיומה של עסקת המכר משנת 1991, אשר הצמיחה את זכותו המעין קניינית של המערער. טענות אלו נטענו בלשון רפה ולא נתמכו בביסוס של ממש. ניכר כי המעקל בחר שלא לבסס את טיעונו בפנינו על עניין זה, אלא העמיד במוקד הערעור את שאלת תום ליבו של המערער והשלכותיה לעניין היווצרותו של חריג להלכת גדי. בנסיבות אלה, ובהעדר תשתית עובדתית הולמת, לא ראינו להידרש לטענות כנגד תוקפה של עסקת המכר.

נוכח כל האמור לעיל, דין הערעור להתקבל כך שיקבע כי המערער רשאי להירשם כבעלים של חלקים בחלקות 28, 29 ו-30 בגוש 18579 וכן 300 מ"ר מתוך חלקה 50 בגוש 18579, הרשומים כעת על שם המשיב 2, וכן כי העיקול שהוטל על זכויותיו של המשיב 2 במקרקעין הנ"ל מטעם המעקל, ימחק.

החיוב בהוצאות שהוטל על המערער בבית המשפט קמא, בטל, והמשיב 1 ישא בשכר טרחת עורך דין המערער בסכום של 20,000 ש"ח.

ה נ ש י א ה

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

בנסיבות המקרה הנני מצטרף לפסק דינה של הנשיאה, השופטת ד' ביניש. ההדגשה כי הסכמתי נשענת על נסיבות המקרה מתבססת על שני טעמים מצטברים:

(א) העובדה כי הצדדים הגיעו ביניהם, בערכאה המבררת, להסדר דיוני שיתר שמיעת ראיות – מונעת עתה, לגישתי, מהמעקל (המשיב מס' 1) להעלות טענות שונות כנגד המערער-הקונה (בגין חוסר תום לב, רשלנות וכו' שנטענים כלפיו), שהרי השגות אלה לא מצאו ביטוי מפורש בכתבי בי-דין של המעקל בבית המשפט המחוזי הנכבד.

(ב) נוכח האמור בס"ק (א) שלעיל – לא נפרסה בפנינו משפטית כל מערכת השיקולים הרלבנטית להכרעה בתחרות שבין קונה נכס של מקרקעין (שטרם השלים את עסקת הרכישה ברישום, אך גם לא רשם הערת אזהרה לזכותו) לבין נושה של המוכר, שהטיל עיקול על נכס המקרקעין של המוכר (שעדיין רשום על שמו). בהכרעה בסוגיה זו – עד להסדרה חקיקתית מפורשת יותר – יש מכלול של מרכיבים, אותם ראוי להביא בחשבון ואלו נסקרו בהרחבה בפסיקה בספרות משפטית ענפה (במקורות אלה ניתן למצוא, לעתים, הבדלי גישות וניואנסים שונים, שלא זה המקום לסקור אותם ולעמוד עליהם). הנה כי כן דומה עלי שטרם נאמרה "המילה האחרונה" בתחום זה (בגדרו יש ליתן, לשיטתי, בין השאר, משמעות נכבדה הן לחשיבות המירשם והן לניסוח הנוכחי של הוראת סעיף 127 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969). יחד עם זאת נראה לי שהעניין שלפנינו איננו מאפשר, או מצריך קביעת מסמרות ולכן לא ארחיב עוד.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ו בחשוון התשע"א (03.11.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה