



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 5323/07

ע"א 6653/07

בפני :

כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גוברמן
כבוד השופט י' דנציגר

המערערים בע"א 5323/07 :

1. זילפה אדלתי יעקובוף
2. דבורה רחמני
3. אביגיל נוריאלי
4. מנשה קצב

המערער בע"א 6653/07 :

1. יעקב יעקובוף

נ ג ד

המשיבים :

1. עזבון המנוח זאביולה נעמת נג'אד ז"ל
2. עזבון המנוחה חאנום נעמת נג'אד ז"ל

המשיבים הפורמליים :

3. עזבון המנוח יעקובוף יוסף ז"ל
4. יהודה יעקובוף
5. לאה יעקובוף
6. נחום יעקובוף
7. חנה בן דוד
8. אסתר מרדכי
9. עזבון מג'אר שרה נעמת ז"ל
10. יעקב יעקובוף (משיב בע"א 5323/07)
11. גבריאלי יעקובי
12. אליהו יעקובי
13. מיכאל יעקובי
14. עזיזוב הלנה
15. שושנה יעקובוף
16. בן ציון יעקובי
17. תמרה יעקובי
18. עזבון המנוח פתחאללה יעקובוף ז"ל
19. פתחאללה יעקובוף
20. מרים ליוי
21. רחל ראובני
22. אסתר ליויאן
23. רבקה יעקובוף
24. מדינת ישראל-לשכת רישום מקרקעין ירושלים

שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בירושלים (השופט מזרחי) מיום 18.4.07 בתיק ה"פ
1319/02

תאריך הישיבה: כ"ט בניסן תשס"ט (23.04.09)

בשם המערערים בע"א 5323/07: עו"ד יואל יפת
בשם המערער בע"א 6653/07: עו"ד ד"ר משה כהן
בשם המשיבים: עו"ד גיא שפר; עו"ד אברהם לוי

פסק דין

השופט א' רובינשטיין:

א. שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט מזרחי) מיום 18.4.07 בתיק ה"פ 1319/02. עניינו של ההליך, בעלות על נכס מקרקעין בירושלים (להלן הנכס).

רקע

ב. הנכס רשום על שם פרג'אלה יעקובוף ז"ל. בשנת 2002 הגישו משיבים 1-2 (עזבונות אחיו של פרג'אלה, זאביולה, ואשתו; להלן המשיבים) המרצת פתיחה, בה ביקשו להצהיר כי הם בעלי הנכס, ולהורות על מחיקת הערת אזהרה שנרשמה (בספטמבר 1961) לטובת אשתו של פרג'אלה. ביסוד התביעה עמד יפוי כוח נוטריוני משנת 1950 בו ייפה פרג'אלה את כוחו של יוסף בני לוי להעביר את הנכס על שם אחיו זאביולה, והערת אזהרה שנרשמה בפברואר 1960 על יסוד מסמך זה.

ג. ביום 18.4.07 קיבל בית המשפט את התביעה, אישר כי העסקה עם זאביולה (בהתאם ליפוי הכוח) השתכללה (להלן העסקה הראשונה) וכי היא גוברת על העסקה בין פרג'אלה לאשתו (להלן העסקה השנייה). לצורך הכרעה בערעורים שלפנינו די לציין, כי בית המשפט קבע - על יסוד האמור ביפוי הכוח - שהתמורה בגין העסקה הראשונה הועברה, וכי המסמך נערך כדין. עוד נקבע, כי טענת התיישנות הועלתה לראשונה בסיכומים, ובכל מקרה כיון שמדובר בבני משפחה אין לראות באי העלאת טענת הבעלות משך שנים רבות משום ויתור. כן נדחתה הטענה, כי לא התקיימו התנאים להפעלת יפוי הכוח, מן הטעם שתנאים לא נקבעו בו. לגבי העסקה השנייה נקבע, כי תוקפה אינו ברור ("נסיבות יצירת הערת האזהרה השנייה מקשות על ההכרה בה כבעסקה רגילה"), ובכל מקרה יש להעדיף את העסקה הראשונה הקודמת בזמן.

טענות המערערים בע"א 5323/07

ד. דומה, כי טענתם המרכזית של המערערים (בני משפחה של פרג'אלה), היא שזאביולה לא העביר את התמורה המוסכמת במסגרת העסקה הראשונה, ומסיבה זו גם נמנע מהעברת הבעלות על שמו. הוזכר, כי עו"ד אברהם לוי, שטיפל ברישום הערת האזהרה לטובת אשתו של פרג'אלה העיד, שפרג'אלה ביקש ממנו לבטל את יפוי הכוח לטובת זאביולה בגין העדר תמורה. נטען, כי לא היה מקום לדחות את עדות עו"ד לוי כעדות שמיצה; ודאי כך, שעה שלעדות בנו של זאביולה, כי אביו אמר לו שהתמורה שולמה, ניתן משקל.

ה. עוד נטען, כי אילו שולמה התמורה מראש - כפי שנכתב ביפוי הכוח - לא היה צורך למנות צד שלישי כמיופה כוח, והנכס היה מועבר ישירות לרוכש. עוד נטען, כי גם ההסמכה להעביר "את הרכוש המפורט דלעיל או חלק ממנו..." (ההדגשה הוספה - א"ר) תומכת בטענה זו. ולבסוף הוזכר, כי העובדה שלוי לא פעל למימוש האמור ביפוי הכוח, וכך גם בתו של זאביולה שהסמכות, כנטען, הועברה לה בשנת 1962 - מעידות שהעסקה לא השתכללה.

ו. בכל הנוגע לתחרות בין העסקאות נטען, כי יש לייחס משקל מכריע לעובדה שהמערער בע"א 6653/07 (בנו של פרג'אלה; להלן המערער) מחזיק בנכס שנים רבות, וכי בנסיבות אין אכיפת העסקה הראשונה צודקת. עוד נאמר, כי ההשתהות בהגשת התביעה שינתה את מצב המערערים לרעה, שכן עדים פוטנציאליים הלכו לעולמם. הוזכר, כי זאביולה ניסה להעביר את הבעלות בשנת 1963 - אך רשם המקרקעין דרש החלטה שיפוטית שתגבר על הערת האזהרה השניה; ונטען, כי את שנות ההתיישנות יש למנות ממועד זה. לבסוף נטען, כי יפוי כוח אינו תחליף לחווה המגבש את העסקה, וכזה מעולם - כך נאמר - לא נערך.

טענות המערער בע"א 6653/07

ז. כאמור, המערער בערעור זה הוא בנו של פרג'אלה. מטבע הדברים קיימת חפיפה מסוימת בין הטענות בשתי הערעורים, ונתייחס רק לטענות החדשות ולעיקרי הדברים. גם בערעור זה הטענה הבסיסית היא, שיפוי הכוח נערך כחלק מהכנות לעסקה שבהעדר תמורה לא הושלמה (סעיף 37 לסיכומים) - ואין להסיק מעצם קיומו על קיומה של עסקה תקפה (ע"א 380/88 טוקאן נ' אלנשטיין, פ"ד מה(5) 410; ע"א

3812/97 ארזי נ' קישק (לא פורסם)). נטען, כי גם האישור הנוטריוני ליפוי הכוח מתייחס לתקינות המסמך, אך לא לקיומה של העסקה המתוארת בו. כן נטען לפגמים במסמך עצמו.

ח. עוד נטען לויתור על הזכויות שהועברו ביפוי הכוח (סעיף 30 לסיכומים), ויתור המסביר מדוע לא בוצעו פעולות למימושן. נטען, כי רק טענות אלה יכולות להסביר את התנהלותו הרפה של זאבילולה (והבאים מכוחו) לאורך השנים. דבר זה התבטא, לדוגמה, בהמתנה בת 11 שנים ממועד חתימת יפוי הכוח ועד לרישום הערת האזהרה, ובהשתהות בת 52 שנים עד להגשת התביעה. עוד נטען, כי כשם שהאפשרות לאכוף חוזה מכר היתה מתיישנת, כך "מתיישנת" גם האפשרות לעשות שימוש ביפוי הכוח (ע"א 522/71 בנין נ' בנין, פ"ד כח(2) 309). נטען גם לשיהוי ולנזק ראייתי.

ט. עוד נאמר, כי מדובר בעסקה שקדמה לחוק המקרקעין ולפיכך מדובר בקניין שבייחוד - ובמסגרת "מאזן הצדק" נוטה הכף לטובת המערער, הגר בנכס עם משפחתו מזה 50 שנה. נטען, כי שגה בית המשפט בקבעו שאשתו של פרג'אלה לא נתנה תמורה בעבור העברת הדירה, שכן במערכות יחסים בין בני זוג יש להתייחס גם לתמורה שאינה כספית, וכי בתחרות בין שתי העסקאות לא ניתן משקל מתאים לויתור המשיבים ולהסתמכות המערער. סוף דבר, נטען כי העסקה הראשונה לא השתכללה, ואף אם ייקבע כי השתכללה - יש להעדיף בנסיבות את העסקה השניה.

טענות המשיבים

י. המשיבים טוענים, כי הערעורים מכוונים כלפי ממצאי עובדה שנקבעו בבית המשפט המחוזי, וכי אין עילה להתערב באלה. הוזכר, כי יפוי הכוח קובע שהתמורה שולמה, כי בהתאם לדין החל באותה עת ליפוי הכוח ערך ראייתי בזכות עצמו (ע"א 404/84 טעתי נ' טעתי, פ"ד מא(2) 477) וכי המערערים לא הוכיחו את טענתם בדבר הצורך בהתקיימות תנאים נוספים כתנאי למימוש האמור ביפוי הכוח. הוזכר, כי במסגרת אותו יפוי כוח הועבר לזאבילולה נכס נוסף, והמערערים לא טענו כלפי העברה זו.

י"א. נטען איפוא, כי העסקה הראשונה הושלמה, כי צדק בית המשפט בקבעו שיש להכריע בינה לבין העסקה השניה - וכי אין להתערב בהכרעתו לטובת העסקה הראשונה. זאת, כיון שהעסקה הראשונה נערכה 11 שנים לפני השניה, כיון שהעסקה השניה נערכה, כנאמר, בחוסר תום לב, תוך שאשתו של פרג'אלה ובא כוחה מודעים

לעסקה הראשונה ולהערת האזהרה שנרשמה בגינה, וכיון שלפי עדותו של עו"ד לוי נערכה העסקה השניה ללא תמורה.

י"ב. הוזכר, כי גם המערערים נמנעו כל השנים מתיקון המרשם, והם מנועים מטענה שזאביולה זנח את זכויותיו. נטען, כי את התנהלות המשיבים יש לבחון על רקע קרבת המשפחה בין הצדדים, על רקע העובדה שבזמן עריכת העסקה התגורר זאביולה באיראן ושגם ילדיו חיו בחו"ל, ועל רקע הסתמכותו על יפוי הכוח והערת האזהרה להבטחת זכויותיו. אשר לטענות המערער, נטען כי זה מחזיק בנכס משך שנים ללא זכות וללא תשלום, ועושה כל שביכולתו כדי לעכב את ההליכים. נטען גם, כי חלק מיורשיו של פרג'אלה טענו בבית המשפט קמא גם כלפי העסקה השניה.

הדיון בפנינו

י"ג. דיון בתיק התקיים ביום 23.4.09. המשיבים טענו כי הציעו פיצוי למערער, והצדדים הסכימו לנהל הליך גישור על מנת להגיע לפתרון מוסכם. ביום 6.1.10 נמסר שהליך הגישור לא צלח, ובהתאם לאמור במועד הדיון ניתן פסק דין זה. נציין, כי צר לנו שהגישור נסתיים בלא תוצאה, שכן לטעמנו, במישור המעשי קרא תיק זה לפתרון של פשרה, נוכח נסיבותיו ומיהות הצדדים. אך משהגענו עד הלום, עלינו להכריע.

דיון והכרעה

י"ד. לאחר העיון אציע לחברי שלא ניעתר לשני הערעורים. בסופו של יום, הכרעת בית המשפט קמא מיוסדת על ממצאים עובדתיים שנקבעו לאחר שמיעת עדים ובחינת חומר הראיות. באלה אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב (ע"א 4126/05 חג'אזי נ' עמותת ועד עדת הספרדים (לא פורסם); ע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר - בית חולים "מאיר", פ"ד נא(4) 687; ע"א 558/96 חברת שיכון עובדים בע"מ נ' רוזנטל, פ"ד נב(4) 563). במקרה דנא גם אין עילה לעשות כן. הכרעתו של בית המשפט קמא מיוסדת על שתי קביעות: (1) העסקה הראשונה הושלמה בתמורה; (2) בתחרות בין שתי העסקאות, העסקה הראשונה גוברת. כפי שנראה, שתי מסקנות אלה מבוססות היטב בחומר הראיות ואין עילה להתערב בהן.

האם הושלמה העסקה הראשונה

ט"ו. הראיה המשמעותית ביותר להשלמת העסקה הראשונה היא כמובן יפוי הכוח, שהוא ראש וראשון. במסמך זה נקבע במפורש:

"אני קבלתי את מאת זאביח אללה נעמת נאג'אד את התמורה המלאה עבור הרכוש האמור דלעיל וזכות של ה' זאביח אללה נעמת נאג'אד תלוי ביפוי כח זה, לפיכך יפוי-כח זה הוא בלתי חוזר והחלטי ואינו ניתן לבטול מאיזו סיבה שהיא, לרבות מסיבת פטירת".

יפוי הכוח נחתם בפני הנוטריון הממשלתי, ואין איפוא סיבה לפקפק בתקפו. הנה כי כן, הדברים ברורים ומדברים בעדם. לעניין זה אין לו לבית המשפט אלא מה שעיניו רואות, וכל טענות המערערים הן טענות בעל פה נגד מסמך כתוב:

"יפוי הכוח נוקט, כאמור, לשון מפורשת בדבר התמורה המלאה שניתנה כנגדו במזומנים... במקרה שלפנינו אין המערערים מנסים רק להוכיח, כי תוקף יפוי הכוח הותלה בתנאי, אלא טוענים הם כי תמורה לא ניתנה... זוהי, על-פי כל קנה מידה, 'טענה כנגד המסמך' (ראה ע"א 138/58), ועל-כן מנועים סלאמה מלהעלותה בעל-פה, כשאין בידם ולו ראשית ראיה בכתב, המוכיחה, כי התמורה במזומנים לא ניתנה" (ע"א 100/87 סלאמה נ' בשיר, פ"ד מו(2) 409, 418-419 - השופט גולדברג).

(אשר לטענה בדבר דרישת הכתב בעסקה שנערכה לפני כניסת חוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969 לתוקף (ביום 1.1.1970) ראו ע"א 118/75 עזבון המנוח מוחמד שריידי נ' מנסור, פ"ד לא(2) 659; ע"א 411/81 זידאן נ' ע'ידר, פ"ד לח(3) 457, 449; ע"א 496/89 אל-קאלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 343, 350).

ט"ז. ועוד, אין המקרה דומה לדברי השופט (כתארו אז) מצא בעניין טוקאן, שם נדון יפוי כוח שנתפס כהתחייבות לעשיית עסקה, ועל כן לא ניתן לו תוקף - מה שאין כן בענייננו, שהחזתם מזהיר ברחל בתך הקטנה על קבלת תמורה. אציין כאן, כי תמהתי לקרוא בפסק הדין קמא, ובחומרי בית המשפט קמא, כי המערערים טענו שמי שזכה ביפוי הכוח אינו זאביולה, כיון שמופיע בו השם זאביח אללה. בדין דחתה השופטת קמא טענה זו. יש טענות שראוי שלא להעלותן (ודומה שהטענה נזנחה בסיכומים). המערער מציין בהגינתו, כי לאביו היה אח בשם זאביח אללה, ואין בתיק טענה שישנו אדם ושמו זאביולה שאינו זאביח אללה.

י"ז. אף לגופו של עניין, אין בטענות המערערים כדי לערער את האמור ביפוי הכות. עדותו של עו"ד לוי, כי פרג'אלה אמר שערך את העסקה השניה כיון שלא קיבל תמורה בגין העסקה הראשונה, היא עדות שמיעה ביחס לאמיתות תוכן הדברים. ובכל מקרה, כפי שציין בית המשפט קמא, יש בה משום הודאה בכך שהעסקה הראשונה נכרתה, ואין בה ראייה לכך שבוטלה כדין. עוד נזכיר, כי עדות במעמד דומה היא עדות בנו של זאבילולה, שהעיד כי אביו אמר לו (בזמן אמת) שהתמורה הועברה בתורכיה בפרנקים שויצריים. לעדות אחרונה זו אמנם יש חיזוק בעדות המערער, כי אחיו הגדול ניהל עסקים בתורכיה - אך מכל מקום הן עדותו של עו"ד לוי, והן עדות בנו של זאבילולה, אינן יכולות להיות ראייה לאמיתות תכנון, שהריהן עדויות שמיעה מובהקות.

י"ח. לדידי, העובדה שהעסקה נערכה על דרך יפוי כוחו של צד שלישי אינה מעידה שהעסקה לא הושלמה. בזמן ביצוע העסקה היה זאבילולה באיראן ומינוי מיופה כוח לצורך השלמת הרישום בישראל היה בנסיבות דרך פעולה מתבקשת. אף הניסוח המאפשר גם העברת חלק מהרכוש אינו מלמד שהיקף יפוי הכוח תלוי בשיעור התמורה שתועבר, וניתן לראות בו הענקת שיקול דעת מלא לגבי אופן העברת הזכויות וקצבה. שיעור התמורה הוזכר בשעתו ביפוי הכוח, ובאופן ברור כשמש נאמר בו כי התמורה שולמה (בבקשת הרישום מיום 20.1.63 צוינה תמורה של 58,000 פרנקים שויצריים, שהיו שוים 4,200 לא"י, וששולמו בתורכיה).

י"ט. אף לעובדה שהמערערים לא הזדרזו לרשום את זכויותיהם אין לייחס בנסיבות ערך ראייתי רב, ולא ניתן להסיק ממנה שהעסקה לא הושלמה. יש לזכור כי בשנת 1961 נרשמה הערת אזהרה לטובת המערערים, וכי בשנת 1963 הם ביקשו להעביר את הרישום על שמם - אלא, שנוכח הערת האזהרה הנוגדת היה צורך לנהל הליך משפטי נגד בני משפחה הגרים בנכס, והוחלט לעת ההיא שלא לנהלו ולהמתין עם ביצוע ההעברה. החלטה זו ניתן להבין גם על רקע הימצאות המשיבים ומשפחתם באיראן, ובריחתם בעקבות מהפכת 1979 לארצות הברית. בנסיבות אלה אין לראות בהשתהות המשיבים אינדיקציה לכך שהעסקה הראשונה לא הושלמה, או משום ויתור על הזכויות שהועברו במסגרתה. האם יש בהשתהות זו משום התיישנות שבדין? לכך נפנה עתה.

האם זכות התביעה לפי העסקה הראשונה התיישנה?

כ. אשר לטענת ההתיישנות. בית המשפט קמא כבר ציין, כי מדובר בטענה שהועלתה לראשונה בסיכומים. אך גם לגופו של עניין, "על מנת שיצליח המערער בטענת ההתיישנות שבפיו, לא די שיוכיח את חלוף תקופת ההתיישנות. עליו להוכיח

גם, שבמשך כל תקופת ההתיישנות החזיק בקרקע 'חזקה נוגדת' (ע"א 3217/91 פלר נ' יורשי המנוח אקסלרוד, פ"ד מז(2) 281, 284 - השופט, כתארו אז, אור). דומני, כי במקרה דנא לא ניתן לראות בהחזקת המערער חזקה נוגדת. המחזיק בנכס הוא בן משפחתם של המשיבים, ומשום כך הנטל להוכחת "ניגודיות" החזקה גובר:

"משמעותה של דרישת ה'חזקה נוגדת' הינה כי חזקתו של המחזיק בקרקע אינה נעשית מתוך הסכמתו ורשותו של הטוען לבעלות בקרקע, אלא על אפו ועל חמתו... יתרה מכך, המערערים טוענים לחזקה נוגדת של חליל, במקרקעין אשר המשיב, אחיו של חליל, טוען לבעלות בהם. במצב של קרבה שכזו בין חליל למשיב, תקשה חובת הוכחתה של טענה לחזקה נוגדת" (ע"א 693/04 אל קימרי נ' אל קימרי (לא פורסם) פסקה 24 - השופט גובראן; ההדגשה הוספה - א"ר)

"החזקה שכזו של בן משפחה אחד בנכס מקרקעין של המשפחה נתפסת ככזו שאינה, על דרך הכלל, בבחינת חזקה (possession) נוגדת, משום החזקה (presumption) העובדתית לקיומה של הסכמה של בני המשפחה לישיבתו של בן משפחתם בנכס" (ת"א (מחוזי נצרת) 584/05 חאכו נ' עזבון סאלח חסן בשמאף חאחו ז"ל (לא פורסם) - השופט אברהם; ראו עוד ע"א 210/59 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד יד(1) 568; י' גלעד, "התיישנות במקרקעין - קווים לריפורמה" משפטים י"ח (תשמ"ח) 177, 219).

כ"א. אכן, בנסיבות ההכרעה אינה פשוטה לחלוטין, כיון שבני משפחת זאביולה היו מודעים לקיומה של טענה בדבר עסקה נוגדת לטובת אמו של המערער, וניתן היה איפוא לכאורה לראות בהחזקתו חזקה נוגדת. ברם, המערער לא ניהל הליך להעברת הבעלות בנכס, ומנגד בני משפחתו של זאביולה היו כל השנים מחוץ לישראל וידעו כי הנכס שמור בידי בן משפחה. בנסיבות אלה - ספק רב בעיני אם ניתן לראות בהחזקת המערער משום חזקה נוגדת. מכל מקום, המערער - הטוען לחזקה - לא הוכיח כי כך היה.

כ"ב. מעבר לצורך נאמר, כי בהתאם לדין שחל עובר לחוק המקרקעין יתכן שבנסיבות נוצרה נאמנות בין פרג'אלה (והבאים מכוחו) לבין רוכשי הנכס (ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן, פ"ד נז(5) 49; ע"א 7217/02 רבי נ' הלוי, פ"ד נח(5) 529, 532), ואם כך - תקופת ההתיישנות מתחילה רק לאחר כפירת הנאמן:

"הסכם המכר בין זכי למנוח נערך... לפני תחילת חוק המקרקעין... על-פי דיני היושר האנגליים, שנקלטו

במשפט המנדטורי וחלו עד לכניסתו לתוקף של חוק המקרקעין, הסכם המכר וייפוי-הכוח בעסקה הנדונה הקנו לזכי ורינה 'זכויות קניין שביושר'...

קיומן של זכויות שביושר אצל הקונה מקים יחס של נאמנות בין המוכר לקונה... והנה, לקיומם של יחסי נאמנות השפעה מכרעת על שאלת ההתיישנות. הלכה מושרשת היא כי תביעתו של נהנה אינה מתיישנת כל עוד הנאמן אינו כופר בכך שהוא מחזיק בנכסי הנאמנות כנאמן ואינו מפר את חובת הנאמנות" (ע"א 6906/00 ענבטאוי נ' דר, פ"ד נו(5) 280, 286-287 - השופט אנגלרד; ראו גם ע"א 34/88 רייס נ' עיזבון המנוחה חנה אברמן ז"ל, פ"ד מד(1) 278).

עסקאות נוגדות

כ"ג. משקבענו כי העסקה הראשונה הושלמה, לא נותר אלא לדון ביחס בינה לבין העסקה השניה. גם בעניין זה סבורני, כי אין מקום להתערב בהכרעת בית המשפט קמא. בית המשפט קמא החיל את הדין שקדם לחוק המקרקעין. דין זה סוכם על ידי המלומד בניאן באופן הבא:

"הכלל הוא שבעל חוזה ראשון גובר, אך אם יש בהתנהגות של הקונה הראשון משום רשלנות חמורה, השתק או תרמית, כדי לגרום לשינוי לרעה אצל בעל חוזה שני, אזי בעל חוזה שני גובר" (מ' בניאן, דיני מקרקעין - עקרונות והלכות (2002) 509).

עוד נזכיר, כי כלל זה בדבר התגברות העסקה הראשונה, "אין להחילו ואין בכוחו למלא תפקיד כלשהו, אלא אם שני האינטרסים שביושר המתחרים הם באמת, מכל בחינה אחרת, שוי-ערך" (ע"א 661/74 עוזיאל נ' דוחובני, פ"ד ל(3) 763, 775 - הנשיא אגרנט; ע"א 528/66 שטרן נ' חברת חלקה 36 בגוש 6127 בע"מ, פ"ד כא(2) 342). דומה, כי במקרה שלפנינו אין סיבה לסטות מן הכלל בדבר התגברות בעל העסקה הראשונה, מה גם שאם אין מדובר בעסקאות שוות ערך, העסקה הראשונה מאששת עצמה.

כ"ד. נפתח בספקות שהעלה בית המשפט קמא לגבי טיבה של העסקה השניה (פסקה 16), ובפרט לגבי יסוד התמורה:

"בהשוואה להערת האזהרה הראשונה, יש לומר כי נסיבות יצירת הערת האזהרה השניה מקשות על ההכרה בה כבעסקה רגילה. יסודה של הערה זו בעסקה בין בני

זוג, שנעשתה כאשר פרג'אלה כבר היה אדם זקן וחולה...
ואשתו צעירה ממנו בהרבה ואם לילדים קטנים. קשה
לקבל את הטענה שהאישה נתנה, בנסיבות אלו, תמורה
כספית. גם עו"ד לוי, שהיה מעורה בעסקה, אישר
אפשרות זו...

הדעת נותנת כי, מאחר שמדובר בהעברה לאשתו,
שהשלכתה החוקית תתברר רק לאחר מותו, יכול היה
המנוח פרג'אלה לחשוש פחות מהשאלה אם יש בידו,
מהבחינה המשפטית, ליתן את יפוי הכח השני".

כ"ה. ברם, אף אם היה מדובר בתחרות בין עסקאות 'שוות ערך', העסקה הראשונה
עדיפה. יש לזכור, כי העסקה השנייה נערכה שעה שכבר נרשמה הערת אזהרה לטובת
העסקה הראשונה ומתוך מודעות לקיומה של עסקה קודמת, שלכולי עלמא לא בוטלה.
בכגון אלה כבר נקבע:

"מובן מאליו, שאם ידע בעל אינטרס שביושר (או חייב
היה לדעת) בעת שרכש אותו, על קיומו בידי אדם אחר
של אינטרס שביושר בגין אותו נכס, אותו רכש קודם לכן,
כי אז יידחה האינטרס של הראשון, אף אם שילם תמורה
בעדו, מפני זה של השני" (עניין עוזיאל, 776).

המערער אמנם גר בנכס מזה שנים, אך הוא היה מודע לקיומה של העסקה הראשונה
(שאף לשיטתו לא בוטלה), ושגות ההחזקה המרובות נצברו אחרי שכבר בראשית שנות
השישים נכשלו נסיונות לרשום את העסקה השנייה. בנסיבות אלה יש גם גבול למשקל
שניתן לתת לטענת ההסתמכות. בהקשר קרוב, חובת תום הלב לפי סעיף 9 לחוק
המקרקעין, נאמר:

"משעה שרשם המנוח (בעל העסקה השניה - א"ר) את
הערת האזהרה לטובתו ומצב המרשם היה גלוי וידוע
לפניו - כי קיימת הערת אזהרה נוגדת לטובת כמאל (בעל
העסקה הראשונה - א"ר), ואף על פי כן החריש, ולגרסתו
אף תפס חזקה בנכס - אינה עולה בקנה אחד עם חובת
תום הלב כלפי כמאל" (ע"א 4836/06 עזבון המנוח טאלח
יוסף חמוד ז"ל נ' חרב (לא פורסם) פסקה ל"ג).

אין להלום טענה שהועלתה בסיכומי המערערים מכיוונו של המשפט העברי, כי "חזקת
הבתים" היא בת שלוש שנים (משנה, בבא בתרא ג, א). ברי, כי ההלכה עוסקת בנכס
שאין לו תיעוד מסוג יפוי כוח או רישום במרשם המקרקעין. לא בכך עסקינן.

כ"ו. ולבסוף, המשיבים אכן השתהו ולא פעלו לרישום העסקה הראשונה. כאמור, בנסיבות הקונקרטיות השתהות זו אינה מטה את "מאזן הצדק" לטובת המערערים. אך נזכיר שרישום העסקה השניה לוקה באותו פגם עצמו:

"טענתו העיקרית של המערער היא, שהמשיב 1 הזניח את רישום החלקה על שמו בספרי האחוזה במשך שנים רבות.... הזנחה כזו של רישום צוינה... כשיקול להעדפת הזכות המאוחרת בזמן. תשובתו של המשיב 1 לטענה זו היא בהעלאת טענה דומה כנגד המערער עצמו..."

נראה, כי בנסיבות דנן, הן המערער והן המשיב 1 התרשלו באופן חמור בכל הנוגע לרישום האדמה, שעליה נסב הערעור, בספרי האחוזה, ואין התרשלותו של האחד קלה מהתרשלותו של האחר" (ע"א 411/81 זידאן נ' ע'דיר, פ"ד לח(3) 449, 459 - השופט ד' לוין).

מסיבה זו גם אין לשעות לטענות המערערים לגבי "נזק ראייתי" שנגרם עקב ההשתהות בהגשת התביעה. את הנזקים שגרמו השנים שחלפו לראיות הפוטנציאליות של הצדדים יש לייחס לשני הצדדים בשוה, שכן שניהם המתינו ובחרו - כל אחד משיקוליו - שלא להביא את עניינם להכרעה שיפוטית. לעניין "מאזן הצדק" נציין, כי עם כל אי הנוחות שבתוצאה לגבי המערער הדר במקום עידן ועידנים, אין זו באה - כפי שהוא מנסה לטעון - בגדרי סייג האכיפה שבסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970 (אליו הפנה המערער בסיכומיו).

כ"ז. אין איפוא עילה להתערב בהכרעת בית המשפט קמא, שביכר את העסקה הראשונה על פני העסקה השניה. מעבר לצורך אומר, כי לתוצאה זוהי ניתן היה להגיע גם לפי הדין החל כיום (סעיף 9 לחוק המקרקעין) - הן מן הטעם שהעסקה השניה לא נרשמה, והן בשל המשקל שיש לייחס להתעלמות מהערת האזהרה הראשונה (ראו עניין עזבון המנוח סאלח יוסף חמוד ז"ל, שם).

כ"ח. נדרשתי לעניין אחרון זה, שכן קיימים שיקולים העשויים לתמוך בגישה, לפיה גם בתחרות בין שתי עסקאות שנערכו לפני חוק המקרקעין יש להכריע בהתאם לדין הנוכחי (ראו סעיף 166(א) לחוק המקרקעין; השווה א' גולדנברג, "חוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969 - הוראות המעבר ומורשת העבר" עיוני משפט ב (תשל"ב) 839, 840; ומאידך ראו ע"א 145/79 אסלאן נ' דיאב, פ"ד לה(1) 729). הצדדים לא נדרשו לעניין זה, ואין לו - כאמור - נפקות לענייננו.

כ"ט. אציע לחברי שלא להיעתר לשני הערעורים. המערערים בשני התיקים ישאו בשכר טרחת עורכי דינם של המשיבים בסך 15,000 ₪ שיתחלקו בין המערערים בע"א 5323/07 והמערער בע"א 6653/07 בשוה. בחתימה נביע עדיין את התקוה, כי יימצא פתרון מוסכם בין הצדדים כדי לסיים את המחלוקת, שבשני עבריה בני משפחה, בדרכי שלום ומישור.

שופט

השופט ס' ג'ובראן

אני מסכים.

שופט

השופט י' דנציגר

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"ז בשבט תש"ע (1.2.2010).

שופט

שופט

שופט