

להחלטה בערעור (נדחה)

ה"פ (ירושלים) 1319/02 - עזבון המנוח זאביולה נעמת נג'אד ז"ל ואח' נ' עזבון יעקובוף יוסף ואח' מחוזי ירושלים

ה"פ (ירושלים) 1319/02

1. עזבון המנוח זאביולה נעמת נג'אד ז"ל

2. עזבון המנוחה חאנום נעמת נג'אד

נ ג ד

1. עזבון יעקובוף יוסף

באמצעות מנהל העזבון יהודה יעקובוף

2. בן דוד חנה

3. מרדכי רוזה

4. יעקובוף זילפה

5. יעקובוף דבורה רחמני

6. יעקובוף אביגיל

7. עזבון מג'אר שרה נעמת

באמצעות מנהל העזבון עבדולה נעת נג'אד

8. יעקובוף יעקב

9. קצב מנשה

10. יעקובי גבריאל

11. יעקובי אליהו

12. יעקובי מיכאל

13. עזיזוב הלנה

14. יעקובוף שושנה

15. יעקובי בן ציון

15(א) יעקובי תמרה

16. עזבון המנוח פתחאללה יעקובוף

בית המשפט המחוזי ירושלים

[18.04.2007]

כבוד השופטת מרים מזרחי

בשם המבקשים - עו"ד א' לוי ועו"ד ב' בן ימי

בשם משיבים 2 ו 3 - עו"ד דרור אלון ואח'

בשם משיבים 4-6 - עו"ד אלינסון ועו"ד א' פריזמנט

בשם משיב 8 - עו"ד ד"ר מ' כהן

בשם משיב 9 עו"ד א' אלינסון ועו"ד פריזמנט

בשם משיבים 10-15 - עו"ד חיים מימון

פסק דין

1. לפני מחלוקת בין יורשי שני אחים. המבקשים הינם שני עזבונות (באמצעות מנהלי העזבון): עזבון המנוח זאביולה נעמת נג'אד ועזבון אשתו המנוחה חאנם. המבקשים טוענים לזכויות הרשומות ע"ש אחיו של זאביולה, פרג'אלה ז"ל, בנכס הרשום בלשכת רישום המקרקעין בירושלים כגוש 30084 חלקה 89 (להלן - הנכס), ומבקשים הצהרה כי הם זכאים להרשם כבעלים של מחצית מן הזכויות בנכס במקומו של פרג'אלה. הנכס נרכש ע"י האחים הנ"ל (להלן: האחים) בחלקים שווים - לכל אחד מחצית. המשיבים 1-15 הם בני משפחת פרג'אלה ז"ל, ומשיב 16 הוא עזבון אח נוסף של השניים שנזכרו. כיום מתגורר בנכס משיב 8, בנו של פרג'אלה.

2. לטענת המבקשים, בעקבות עסקה בין האחים, העביר פרג'אלה את זכויותיו בנכס לזאביולה, כעולה מיפוי כח שניתן לזאביולה ב-1950 (להלן: יפוי הכח). ע"פ אישור נוטריוני ליפוי הכח חתם פארג'אלה על יפוי הכח בהופיעו לפני הנוטריון. ע"פ יפוי הכח, נרשמה בלשכת רישום המקרקעין הערת אזהרה בחודש פברואר 1961. ברם, זמן קצר לאחר מכן, בספטמבר 1961, נרשמה הערת אזהרה נוספת (להלן - הערת האזהרה השניה). המבקשים טוענים כי דין הערת האזהרה השניה להתבטל, ומבקשים כאמור הצהרת בית המשפט כי הם זכאים להרשם כבעלים של מחצית מן הזכויות בנכס במקומו של פרג'אלה.

3. על פי האמור ביפוי הכח, ייפה פרג'אלה את כוחו של יוסף בני לוי להעביר את הנכס לזאביח אללה נעמת נאג'אד ולהופיע

לפני כל מוסד ולחתום על כל המסמכים הנחוצים לשם הגשת בקשת ההעברה בטאבו. עוד נכתב ביפוי הכח:

"אני קיבלתי מאת ה' זאביח אללה נעמת נאג'אד את התמורה המלאה עבור הרכוש האמור דלעיל... לפיכך יפוי כח זה הוא בלתי חוזר והחלטי ואינו ניתן לביטול מאיזו סיבה שהיא לרבות מסיבת פטירתו. במקרה לפטירתו של ה' זאביח אללה נעמת נאג'אד יעברו כל הזכויות שלפי יפוי כח זה ליורשים החוקיים שלו".

יפוי הכח הסמיך את מר יוסף בני לוי לפעול גם בקשר למגרש הנמצא בגוש 30105 חלקה 12.

4. על פי גרסת המבקשים, יפוי הכח ניתן תמורת 55,000 פרנקים שווייצריים, ששולמו בשנת 1950 בתורכיה, ואשר שוויים היה אז 4,200 ל"י. פרטים אלה עולים ממסמך המצוי בתיק לשכת רישום המקרקעין, שכותרתו "בקשה לרשות - רישום בספרי האחוזת" (צורף גם כנספח ג' לתביעה). כלל מסמכי לשכת הרישום הוגשו כראיה באמצעות תעודות עובד ציבור. המבקשים נשענים בהקשר זה גם על עדות בנו הבכור של זאביולה, חוסראו נעמת נג'אד, שהיה בן עשר בעת עשיית העסקה, ואולם, לדבריו, בהיותו הבן הבכור, הוכנס כבר אז ע"י אביו בסוד העניינים החשובים. ואולם, לעניין זה עדות חוסראו היא עדות שמועה.

ברם, מיפוי הכח עצמו, הנמשא אישור נוטריוני, עולה כי פרג'אלה קיבל מזאביולה את התמורה המלאה עבור הנכס. כך נאמר במפורש ביפוי הכח, בחלק שהובא לעיל, ודי בכך כדי להסיר את נושא התמורה מעל הפרק. על פי אישור הנוטריון הממשלתי למסמך זה, פרג'אלה הופיע לפני הנוטריון וחתם ברצון טוב על יפוי הכח. למשקל שיש לייחס לאישור הנוטריוני אתייחס להלן. נספח ג' הנ"ל גם מלמד כי המכירה דווחה לרשויות המס וניתנה רשות לרישום ההעברה בספרי האחוזת (נרשם בו כי לאוצר אין התנגדות). העובדה העולה מנספח ג', לפיה התשלום נעשה בתורכיה, נתמכה ע"י עדות חוסראו, לפיה לבניו של פרג'אלה היה עסק בתורכיה ועל כן היה פרג'אלה מעוניין לקבל את הכסף בתורכיה (פר' מיום 17.6, עמ' 35). גם משיב 8 אישר שלאחיו הגדול היה עסק בתורכיה (פר', שם, עמ' 50).

5. אין מחלוקת כי מקבל יפוי הכח, יוסף בני לוי, לא פעל על פיו. העד מר יוסף בני לוי לא הוזמן למתן עדות. מהמסמכים שהוצגו עולה כי ביום 5.1.63 העביר בני לוי את סמכויותיו לאחת מבנותיו של זאביולה, הגב' אסתר נעמד נג'אד ז"ל, שנפטרה, על פי הנטען, בשנת 1994, ואולם, גם היא לא פעלה על פי יפוי הכח.

6. המשיבים מעלים כנגד הבקשה שורת טענות (עיקרי הטענות יוצגו כאן במרוכז, מבלי לפרט מי מהמשיבים מעלה אותן):

א. יפוי הכח פגום, מאחר שאינו חתום ע"י פרג'אלה. גם בדיווחים לטאבו חתום רק זאביולה.

ב. ביפוי כח מדובר על זאביח אללה נעמת נאג'אד, וגם הערת האזהרה הראשונה מפנה ליפוי כח זה, ואילו אחד המבקשים הינו עזבון זאביולה נעמת נג'אד. המבקשים לא קשרו את זאביולה נעמת נג'אד לאדם שלזכותו רשומה הערת האזהרה.

ג. זאביולה ז"ל לא מילא את חלקו ולא העביר לפרג'אלה את התמורה עבור הנכסים.

ד. משנות ה-50 מתגורר בנכס בנו של פרג'אלה ז"ל, המשיב מס' 8, אשר השקיע בשיפוץ, ואף דאג לתשלום כל המיסים החלים עליו. העובדה שיורשי זאביולה ורעייתו לא פעלו לרישום זכויותיהם הנטענות למעשה יותר מ-50 שנה ולא השתתפו בתשלום המיסים, מלמדת כי הם ידעו שאין להם כל זכות בנכס.

ה. מכל מקום, קיימת התיישנות מהותית לגבי זכויות המבקשים.

ו. המבקשים בחרו שלא לזמן את מר יוסף בני לוי, שהינו עד חיוני, להוכחת גרסתם, ומכאן חזקה שאילו העיד, עדותו לא היתה תומכת בגרסתם.

ז. קיים רק יפוי כח וידוע ונראה לחתום על יפוי כח בלתי חוזר רתחילת הנוסחה לזיכרון אם לפני ושולח הרוח רלושה. ררל

מקרה, יפוי הכח אינו מסמך היוצר את העסקה, ולכן אין להסתפק בו.

ח. לא ניתן למבקשים אישור להגיש תביעה. בתיק עז' 1487/94, 1489 קבע כב' השופט חשין כי הוא ממנה את ב"כ המבקשים כמנהלי עזבון ומסמיכם להגיש תביעה, אך הוסיף:

"אך לא תוגש תביעה לפני שתוגש בקשה מיוחדת לכך לשם קבלת אישור מראש של בית המשפט ולאחר שבקשה זו תועבר לתגובת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה".

המבקשים לא הציגו מסמכים המלמדים שתנאים אלו מולאו.

ט. מהפרוטוקולים בתיקי העזבון שנזכרו, עולה כי לפחות 5/7 מהיורשים לא רצו כלל את התביעה הנוכחית, ומכאן שב"כ המבקשים למעשה לא מייצגים את האינטרסים של היורשים שאותם הם אמורים לייצג.

7. קודם שאעבור לביורר השלכת הטענות האמורות, אציג את טענות המבקשים לעניין הערת האזהרה השניה. הערה זו נרשמה על פי יפוי כח שנערך לטובת אשתו של פרג'אלה (להלן: האישה). המבקשים טוענים כי ביסוד יפוי כח זה מצויה עסקה מתחכמת של "מכירה" כביכול של הזכויות לאישה, שאין ביסודה ממש, ומכל מקום, אין בה כדי לפגוע בזכויות זאביולה, שנרכשו קודם לכן.

אין מחלוקת כי עו"ד אברהם לוי - שהעיד מטעם המשיבים - הוא זה שביצע את רישום הערת האזהרה השניה והכין את יפוי הכח הבלתי חוזר לטובת האישה. עו"ד אברהם לוי הבהיר בעדותו כי בעת רישום ההערה השניה ידע על יפוי הכח הקודם ועל ההערה הקודמת. משנשאל לפשר הדבר, ענה "גם היום אין מניעה לרשום עשר הערות אזהרה על הנכס... גם היום אין מניעה לרישום, אבל מה התוקף זה ענין אחר". עוד הסביר עו"ד לוי כי לקוחו סיפר לו כי "לא קיבל את הרכוש שלו בפרס", וכי כך גם דיווח ללשכת הרישום. ממסמכי לשכת הרישום עולה כי במכתב מיום 14.9.61 לרושם הקרקעות, אישר עו"ד לוי כי מר פרג'אלה יעקובוף נתן יפוי כח קודם לאחיו, ואולם, העלה טענה כי "טרם קיבל מרשי ממר נאג'אד את התמורה שהיה על נאג'אד לתת למרשי תמורת הנכס הנ"ל".

8. המשיבים טוענים כי יש לקבל את דבריו של עו"ד לוי כמתארים נכונה את קורות העסקה הראשונה שהביאה ליפוי הכח הראשון, ואולם, אם יש לקבל דברים אלה, נשמט היסוד גם לטענתם של המשיבים שלא היתה עסקה ראשונה. מדברי לוי עולה שהיתה גם היתה עסקה ראשונה, אבל פרג'אלה רצה לחזור בו ממנה, מאחר שלא קיבל תמורה. ברם, גם אם נכון שהיתה בעיה כלשהי בענין התמורה - ואין בידי לקבוע כי כך הוכח, כאשר מצויה לפני בענין זה לכל היותר עדות שמועה של עו"ד לוי - המשיבים לא הראו כי העסקה בוטלה כדין. אכן, הטענה כי לביטול העסקה יש לנקוט בדרך מסוימת סומכת על הדין כיום, אך המשיבים לא הראו כי הדין אז היה שונה. מכל מקום, ברי כי האפשרות שלצורך ביטול העסקה הראשונה, די היה בכך שפרג'אלה סבר שדין עסקה זו להתבטל, אינה מתקבלת על הדעת. יתר על כן, ביפוי הכח עצמו נרשם דבר קבלת התמורה בלשון עבר, דהיינו, כדבר שהתרחש לפני מתן יפוי הכח. ויוטעם כי, לא היתה מחלוקת כי פרג'אלה היה איש עסקים, ועל כן אין מקום להניח כי אישר שקיבל את התמורה והוסיף כי יפוי הכח אינו ניתן לביטול בשעה שהתמורה טרם ניתנה, או למצער, היה ספק כלשהו בקבלתה. אוסיף כי, יש להניח שפרג'אלה זכר בעת שחתם על יפוי הכח השני את עובדת מתן יפוי הכח הראשון, ומכאן שהיה עליו להביא בחשבון את הרצינות שבה מתייחס אחיו לזכויותיו כתוצאה מהעסקה הראשונה, ולכן תמורה שלא דאג לצייד את אשתו בפרטים מדויקים ו/או ראיות לענין אי-מתן התמורה. עובדה זו תומכת בגרסת המבקשים.

מהאמור עולה המסקנה כי דין טענת הפגם בעסקה הראשונה בשל אי-מתן תמורה להידחות.

9. גם דין הטענה לפיה מקבל יפוי הכח הראשון הוא זאביחאללה ואין זהות בינו לבין זאביולה, להידחות. מדובר בשמות דומים

על פניהם, וההסבר שניתן ע"י המבקשים לשוני בשמות, ושנתמך בתצהיר אג'נגר נג'אד, בנו של זאביולה - המלמד בין השאר גם על תיקון צו הירושה של האב בשל אותו שיבוש - משכנע. על פי הסבר זה, השוני נולד מניסיון תרגום השם הפרסי והגייתו בעברית. יתר על כן, מהראיות עלה כי אין המעורבים בדיון מכחישים את הקירבה המשפחתית ביניהם, ומאחר שאין טענה כי היה קיים אח נוסף בשם דומה, ברי שמדובר באותו אדם. לכן הטענה האמורה היא טענה פורמאלית שאין בה כדי להכביד על הבקשה.

10. יש לדחות גם את הטענה כי יפוי הכח אינו חתום ע"י פרג'אלה. טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שהנטריון הציבורי אישר את החתימה. גם מראיות נוספות עלה כי ניתן יפוי כח ע"י פרג'אלה לאחיו. כאמור, עובדה זו אושרה מפורשות ע"י בא-כוחו של פרג'אלה בעסקה השניה, עו"ד אברהם לוי. במכתביו של עו"ד אברהם לוי לסגן מנהל אגף רישום והסדר קרקעות, נאמר במפורש כי מר פרג'אלה מסר לבא-כוחו כי הוא נתן את יפוי הכח לאחיו תמורת נכסים שהאחרון היה צריך להעביר לו. מכאן שפרג'אלה אישר את חתימתו על יפוי הכח. טענת עו"ד לוי אז היתה שזאביולה לא ביצע את חלקו בעסקה ולא העביר את הנכסים, וזו טענה שונה מטענת אי-החתימה.

כמו כן, על פי מסמכי רשם הקרקעות, נרשמה הערת האזהרה הראשונה על יסוד יפוי כח בלתי חוזר. יש מקום להניח, על פי חזקת תקינות פעולת המנהל, כי יפוי הכח האמור היה תקין, ובכלל זה עמד בדרישת החתימה וכי נבחן כדבעי ע"י פקיד לשכת הקרקעות.

11. בהמשך לכך יודגש כי, כלל טענות המשיבים לעניין תקינות יפוי הכח דינן להידחות, ולו מהטעם שב"כ המשיבים אינם מסבירים כיצד עולות טענותיהם בקנה אחד עם קיומו של האישור הנטריוני, על פי דיני הנטריונים באותה עת. המבקשים נשענו לעניין זה, בין השאר, על פסק הדין שניתן בע"א 404/84 סעתי נ' סעתי ואח', פ"ד מא(2) 477, בגדרו עמד בית המשפט העליון על תפקיד הנטריון הציבורי לברר זהותם של הצדדים ולהבטיח קיום רצון חופשי, כעולה מסעיף 42 לחוק העותומאני על הנטריונים, והפנה לאמור בסעיף 66 לאותו חוק, לפיו "מסמכים ... הנערכים ע"י הנטריונים ... הם נחשבים לבעלי ערך הוכחה בפני עצמם בפני כל בתי המשפט ... וזה מבלי שום צורך לאמת את תכנם ע"י איזו ראייה אחרת". בית המשפט שם - מפי כב' השופטת נתניהו - הדגיש כי בשל האישור הנטריוני "נקודת המוצא היא, וזו החזקה העומדת למערער, כי יפוי הכח נחתם תוך רציה והבנה ... על המשיבה להרים את הנטל של סתירת האמור באישורו של הנטריון" (שם, עמ' 488). אוסיף כי, ב"כ המבקשים גם הסבירו כי יפוי הכח המקורי נחתם כמקובל בפני הנטריון ונשמר על ידו, והעתק התעודה שמעמדו כמו המקור, דיו כתעודה ציבורית כהגדרתה בסעיף 29(2) של פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, והוא שנתר בידי הצדדים לעסקה ונמסר ללשכת המקרקעין עם האישור הנטריוני, ולכן אין כל קושי בכך שבמסמך יפוי הכח שבלשכת הרישום לא נראית חתימה של פרג'אלה. הסבר זה משכנע.

ב"כ משיב 8 טוען כי מפסק הדין בע"א עסאף נ' מנהל מע"מ, פ"ד נז(2) 847, שגם עליו נשענו המבקשים לעניין משמעות האישור הנטריוני, עולה כי באותו עניין נבחנה שאלת זיוף חתימת המערער, דבר המפריך את טענת המבקשים כאילו לא ניתן לקבל העתק של יפוי כח נטריוני הנושא חתימות אותנטיות. ברם, ב"כ משיב 8 אינו מתמודד עם החזקה הנזכרת שקבע החוק העותומאני על נטריונים, חזקה הנוצרת עם מתן האישור הנטריוני. לכן, גם אם היו העתקים הנושאים חתימות אותנטיות, לא הובהר על פי טיעונו מדוע חסרונה של חתימה כזו פוגם במסמך אשר ניתן לו אישור נטריוני. בעניין עסאף פסק בית המשפט העליון כי בשל החזקה הראייתית לנכונות האמור באישור של נטריון, על הטוען כי החתימה המופיעה ביפוי הכח זויפה נטל השכנוע. ויזכר, האישור דן כלל התייחסות מפורשת לעובדה שפרג'אלה חתם על יפוי הכח.

בנסיבות אלו, נדחות טענות המשיבים כנגד אמיתות תוכן יפוי הכח.

12. אעבור לשאלת מתן האישור להגשת התביעה. הבירור העלה כי לבקשת מנהלי העזבון למתן הוראות לצורך הגשת התביעה, ניתן אישור בית משפט זה בבש"א 1078/02, וזאת לאחר שב"כ היועץ המשפטי לממשלה הודיע שאין בדעתו

להתערב בהליך. בכך מולאה הדרישה שנקבעה ע"י כב' השופט חשין, אליה הפנו המשיבים, ואשר לפיה התביעה תוגש לאחר קבלת אישור מראש של בית המשפט ולאחר שבקשת האישור תועבר לתגובת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה.

אשר לטענה כי המבקשים אינם מייצגים את היורשים - אני סבורה כי שאלה זו אינה מכבידה על הבקשה לאחר מתן האישור להגשתה, אשר נתקבל לכאורה בהליך הראוי. המשיבים לא הבהירו מדוע לא די בהליך האמור.

13. אשר לנושא ההתיישנות - טענה זו הועלתה בסיכומים, בעיקרו של דבר, כטענה המלמדת על ההבנה של זאביליה ו/או נציגיו כי העסקה הראשונה התבטלה. לפי טענה זו, אי-נקיטת ההליכים המשפטיים למעלה מחמישים שנים העידה כי יורשי זאביליה חסרי עניין בנכס.

בהקשר לפעולות המבקשים בעבר לגבי הנכס, אציין כי, ממסמכי לשכת הרישום עולה שביום 13.1.63 נפתח בלשכת הרישום תיק, שבו ביקש זאביחאללה נעמת נאג'אד (אשר, כאמור, הינו זאביליה) להעביר על שמו את הנכס, ואולם, האחרון דרש - בשל קיום הערת האזהרה השניה - להמציא צו בית משפט. פעולה זו מלמדת כי, זאביליה סבר כי הזכות שרכש עומדת לו למצער בשנת 1963, ולא הוטרד משאלת מתן התמורה. אכן, לאחר מכן, לא המשיך לנקוט פעולות משפטיות (על פי הראיות, נפטר זאביליה בשנת 1970). ברם, ילדיו שהיו בחו"ל במשך השנים, וכאשר הטיפול הנדרש משמעותו היתה תביעה משפטית כנגד בן משפחה, אין ההימנעות מתביעה או מדרישה מעוררת קושי של ממש המעיב על עצם קיום העסקה הראשונה, המשתקפת בבירור ביפוי הכח ובהערת האזהרה. נראה גם כי במשך השנים שחלפו היה ביד יורשי זאביליה להישען על הערת האזהרה הראשונה, כמגנה על זכויותיהם.

גם העובדה שלא הוכחשה כי יורשי זאביליה מעולם לא נשאו בכל מס או תשלום הנוגע לנכס אינה מלמדת על חוסר עניין בנכס. מי שהתגורר בנכס ונהנה ממנו כל התקופה היה משיב 8, ואם זה לא פנה אליהם בדרישת תשלום מס או תשלום עבור שיפוץ, אין להסיק מאי-התנדבותם לשלם תשלומים כאלה - שתשומת לבם כלל לא הופנתה אליהם - חוסר עניין בנכס עצמו.

14. אעבור לטענת המשיבים, לפיה המבקשים לא הציגו מסמכי עסקה המבססת את זכויותיהם, מאחר שלא די ביפוי הכח. על פי טיעון זה, יפוי הכח אינו מסמך היוצר עסקה, אלא מסמך נלווה לעסקה, והמבקשים לא הציגו אסמכתאות נוספות להוכחת העסקה הנטענת על ידם. בסיכומי משיב 8 נטען כדלקמן:

"העובדה שצדדים חתומים על יפוי כח בתחילת העסקה אינה דבר חדש, כדבר שבשגרה שאנו עורכי הדין מחתימים את המוכר ואף את הקונה על יפוי כח בלתי חוזר בתחילת העסקה, לעיתים אף לפני ששולם סכום כלשהו, יפוי כח זה מוחזק בנאמנות בידי עורכי הדין או צד ג' כדי לבצע את העסקה אם אחד הצדדים יסרב לסיים את העסקה או יפטר טרם זמנו או שלא יהיה בארץ בעת סיום העסקה".

טענות אלו הועלו ללא כל חוות דעת מומחה תומכת - לעניין הנוהג הנטען - וללא כל תמיכה ראייתית. אני סבורה כי די להעלותן בסיכומים. בכל מקרה, יפוי הכח מפרט דבר מתן התמורה, וממנו עצמו עולה בבירור כי אין מדובר במסמך ראשוני שאינו משקף הסכמה מלאה. על חשיבות יפוי הכח בעסקה ניתן ללמוד מפסקי דין רבים, ובכלל זה פסק הדין בע"א 661/74 עוזיאל נ' דוחובני, פ"ד ל(3) 763, שבו העסקאות המתחרות נלמדות מיפוי כח.

15. ב"כ משיב 8 הוסיף כי, בהנחה שניתן יפוי כח ליוסף בני לוי, עדיין אין כל ראיה לפיה האחרון היה רשאי להשתמש ביפוי הכח ובאיזה תנאי. אני סבורה כי אמנם מתעוררת שאלת התנאים לשימוש ביפוי הכח. יפוי הכח ברור ומדבר בעד עצמו, ואינו כולל כל תנאי.

עוד נטען ע"י המשיבים באותו הקשר כי המנוח יוסף בני לוי ז"ל, שלו נמסר יפוי הכח, יכול היה להעיד האם אמנם נעשתה עסקה, מה היו פרטי העסקה והאם מולאו תנאי העסקה. בהמשך לכך נטען כי אי-העדת יוסף בני לוי פועלת כנגד המבקשים,

וכך בוודאי כאשר יוסף בני לוי חי עד אוגוסט 2004 בניו יורק כנשיא העדה (הפרסית), והמבקשים העלימו עובדה זו וטענו בתחילת הדיונים בתיק כי אין בידם לאתרו. אני סבורה כי לא היה למבקשים צורך בעדותו של יוסף בני לוי, מאחר שיפוי הכח שקיבל אישור נטריוני מכיל את כל הדרוש לעסקה מלאה. המשיבים הם הטוענים כי אף שנאמר ביפוי הכח שניתנה תמורה עבורו, לא ניתנה התמורה, או כי יפוי הכח הותנה במתן תמורה. אם כך הם שהיו זקוקים לעדות יוסף בני לוי כדי להוכיח זאת, ואי-העדות פועלת לחובתם.

16. אעבור לשאלה איזו מהערות האזהרה יש להעדיף. ראשית, אתייחס לנסיבות הרלבנטיות לכל אחת מהן. 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, כעולה, בין השאר, מאישור הנטריון לעסקה (שבו ציין הנטריון כי החותם לא יכול להופיע במשרדו בשל מצב בריאותו וזקנתו), 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 ואמר לעניין זה בחקירתו:

"ש. אתה מסכים שהסיפור כאילו אשתו חנה קנתה ממנו ושילמה לו כסף עבור אותן זכויות שזאבילולה קנה זה לא אמת, הרי ברור שזה לא בתום לב?

ת. כשהוא אומר קנתה הוא לא התכוון שהיא נתנה לו כסף. הוא הקנה לה את זה.

ש. ללא תמורה?

ת. אני לא יודע. התמורה יכולה להיות הרבה דברים. היא היתה אשתו השניה" (עמ' 43 לעדותו).

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. מכל מקום, גם אם פרג'אלה האמין כי יש ליפוי הכח השני תוקף, ראוי להעדיף את העסקה הראשונה, שהיא קודמת בזמן והיתה ידועה לו. אין גם מחלוקת שכשנבקש רישום ההערה השניה, היה ידוע דבר קיום ההערה הקודמת. כאמור, ביפוי הכח הראשון גופו מובהר כי זאבילולה נתן תמורה מלאה וכי יפוי הכח אינו ניתן לביטול. מכאן שלאחר יפוי הכח הראשון לא נותרה בידי פרג'אלה זכות שהיה בידו להעבירה לאשתו.

17. במצב דברים זה, מקובל עלי טיעונם של ב"כ המבקשים, לפיהם במועד הרלבנטי שקדם לחקיקת חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, חלו דיני היושר, ולפיהם ההתנגשות בין הזכויות מובילה כאן להעדפת "הקונה הראשון", דהיינו זאבילולה. בענין זה הפנו ב"כ המבקשים לדברי כב' השופט זוסמן, בע"א 146/51, כהן מלמד נ' נאמן, פ"ד ח' 1447, 1456:

"מאחר שזכויותיהם של שני הקונים ... נובעים מאותו מקור, היינו מהתקשרויותיהם החוזית עם הנתבע הראשון, יש ביד כל אחד לטעון לקניין שביושר בנכס הנמכר, בתוקף תורת היושר הרואה את הקונה, החל מעשיית החוזה כבעליו של הרכוש, ואת המוכר כנאמנו שעל שמו נשאר רק הרישום הפורמאלי עד לביצוע הפעולה בספרי האחוזה. במצב כזה יזכה בדרך כלל הקונה הראשון יען שבידו היתה כבר זכות קנייה כשבא הקונה השני, אלא אם יצליח מתחרהו להצביע על נסיבות מיוחדות העשויות להוציא את הראשון ממעמדו העדיף".

עוד הפנו המבקשים לע"א 367/71, טייג ואח' נ' ישראלי ואח', פ"ד כו (1) 710, 715, שבו נאמר:

"כלל ידוע הוא שכאשר מתנגשות שתי זכויות ביושר בעלות דרגה שווה, עדיפה הזכות הקודמת על הזכות המאוחרת, אלא אם

מוכיח הקונה השני שקיימות נסיבות מיוחדות השוללות את עדיפות הקונה הראשון".

18. אשר לנסיבות המיוחדות השוללות על פי הפסיקה את עדיפות הקונה הראשון - כנסיבות כאלה, הוכרו שינויי מצב הקונה המאוחר יותר עקב נסיבות בהן אשם הראשון, כגון הטעיה, תרמית או רשלנות. לא הוכחו נסיבות כאלה. לאור האמור, לא מתקיימות בעניין דין נסיבות המצדיקות העדפת הקונה השני.

המשיבים הפנו לפסיקה המלמדת כי כאשר בעל הזכות שביושר הזניח את הזכות משך זמן רב, יכול הדבר לשמש שיקול רציני להעדפת הזכות שביושר המאוחרת. השהייה כזו יכולה לשמש חיזוק ראייתי לטענת אי-קיום העסקה מלכתחילה, ולעתים כראיה ליתור על זכות. ב"כ המשיב 8 הפנה לע"א 661/74, ברוך עוזיאל נ' ראובן דוחובני, פ"ד ל(3) 763, שבו כב' הנשיא אגרנט כתב: "בנסיבות המקרה שלפנינו יש להסיק שחלו הזנחה ושיהוי יתר על המידה באשר למימוש המשכון שביושר ... כך שמאזן הצדק מטה לצד העדפת הקניין שביושר שרכשו המערערים בגין הנכס המדון". ברם, בהמשך אותם דברים מציין השופט אגרנט שיקולים המביאים אותו למסקנה האמורה בדבר מצב "מאזן הצדק" באותו עניין. במקרה דנן, לא הוצג כל שיקול המצדיק העדפת בעל הזכות המאוחרת. נהפוך הוא: היה ידוע בעת רישום ההערה השניה דבר קיום ההערה הראשונה. ספק גם אם בעל הזכות המאוחרת נתן תמורה עבורה. כמו כן, בכל הנוגע למשך השיהוי, עובדה שאינה במחלוקת היא שכבר ב-1963 ניסה זאביולה להביא לרישום הנכס על שמו, אך הועמד בפני מכשול - הערת האזהרה השניה וטענות עו"ד לוי מטעם אמו של משיב 8. לכן, אין מקום לדבר על הזנחת הזכות הגוברת על יתר השיקולים המצדיקים העדפת בעל הזכות הקודמת. על כך אוסיף כי, ההזנחה הנטענת לא הביאה להסתמכות של אחרים באופן שגרם להם נזק, שהרי לא הובאה ראיה שאשת פרג'אלה נתנה תמורה כספית עבור הנכס, או כי היה בידה לבחור לקבל נכס אחר. בנוסף, משיב 8 ישב בנכס כל שנות ההשהייה הנטענת ונהנה ממנו כבעלים.

19. לאור האמור, אני מקבלת את הבקשה וקובעת כי הערת האזהרה אשר רשומה בגין יפוי הכח השני תבוטל ותימחק. עוד אני קובעת כי המבקשים, העומדים בנעלי זאביולה ז"ל, זכאים להירשם ע"י משיב 17 כבעלי הזכויות שהיו רשומות על שם פרג'אלה ז"ל.

המשיבים ישלמו הוצאות המבקשים (מיום הוצאתן) וכן שכר טרחת עורך דין בסך 21,000 ש"ח (מהיום) בתוספת מע"מ כדין, בחלוקה הבאה: משיבים 4-6 ו-9 (ביחד) שליש, משיב 8 - שליש, משיבים 10-15 שליש.

ניתן היום ל' בניסן, תשס"ז (18 באפריל 2007).

//