

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1249/03

ע"א 1217/03

בפני :
כבוד המשנה לנשיא ת' אור
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת מ' נאור

המערערים :
1. אליאס נאצר חנא
2. סמיר נאצר חנא
3. סוהיל נאצר חנא
4. גורג כאמל ראג'י חנא

נ ג ד

המשיבים :
1. פואד רפיק ח'אזן
2. זיאד רפיק ח'אזן
3. רשות הפיתוח
4. קבוצת עונאללה לייזום והשקעות בע"מ
5. סאלח אברהים
6. מוחמד עלי סאלח

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת
בת.א. 225/00 מיום 22.12.02 שניתן ע"י כב' השופט
נ' ממן

תאריך הישיבה : כ"ג בתמוז התשס"ג (23.07.03)

בשם המערערים : עו"ד וקים סלים

בשם המשיבים : עו"ד סבית חוסאם
עו"ד יקר טל

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

1. שתי עסקאות נוגדות נעשו לגבי מקרקעין מוסדרים, השוכנים באזור כפר
ראמה. השאלה היא ידה של איזו עסקה על העליונה. עסקת המכר הראשונה נערכה

בשנת 1961, בין קרובי משפחה. עסקה ראשונה זו לא נרשמה במירשם המקרקעין ולא נרשמה בגינה בשום שלב הערת אזהרה. עסקת המכר השניה נעשתה קרוב ל- 40 שנה לאחר מכן, בשנת 1999. זמן קצר לאחר כריתתה של העסקה השניה, נודע ליורשיו של בעל העסקה הראשונה דבר מכירתה של הקרקע בשנית. הם הגישו תביעה לבית המשפט המחוזי בנצרת. בית המשפט קמא (השופט נ' ממון) קבע, כי יד העסקה הראשונה על העליונה. על קביעתו זו מערערים לפנינו יורשי המוכרים (ע"א 1249/03) וקבוצת הרוכשים השניה (ע"א 1217/03). שרשרת העסקאות ומערכת ההסכמים סבוכות הן, ועל מנת לפשטן נתמקד רק בעסקאות הנוגעות במישרין לענייננו.

הנפשות הפועלות והעסקאות המרכזיות

2. בעלי הדין שלפנינו נחלקים לארבע קבוצות: המוכרים ויורשיהם, הקונה הראשון ויורשיו, רשות הפיתוח וקבוצת הקונים השניה.

הקבוצה הראשונה כוללת את המוכרים המקוריים של המקרקעין ואת יורשיהם, הבאים אחריהם. המוכרים של המקרקעין הם נאצר ראג'י חנא (להלן: נאצר) וכאמל ראג'י חנא (להלן: כאמל). בניו-יורשיו של נאצר הנם אליאס נאצר חנא, סמיר נאצר חנא וסוהיל נאצר חנא. בנו-יורשו של כאמל הנו ג'ורג' כאמל ראג'י חנא. את נאצר וכאמל נכנה יחדיו בשם המוכרים, ואת בניהם-יורשיהם, אשר פעלו אחריהם וכממשיכיהם, נכנה להלן יורשי נאצר וכאמל, או יורשי המוכרים.

הקונה הראשון של המקרקעין הנו רפיק מוסר ח'אזן (להלן: רפיק). רפיק נפטר בשנת 1995. בניו-יורשיו הנם פואד רפיק ח'אזן וזיאד רפיק ח'אזן. מכאן ולהבא נכנה אותם יורשיו של רפיק.

בשנת 1961 רפיק רכש מהמוכרים, שהיו גיסיו, שלושה רבעים (במושע) מחלקה 1 בגוש 18844, היא החלקה נשוא דיוננו (להלן: החלקה). שטחה הכולל של החלקה הוא

96 דונם, כך שהחלק אותו רכש רפיק עמד על 72 דונם. רפיק לא היה מעוניין בחלקה. הוא רכש אותה כדי להציעה בחליפין לרשות הפיתוח, תמורת קרקע אחרת, שהיתה שייכת בעבר, בחלקה, לאחיו, והוקנתה לאפוטרופוס לנכסי נפקדים. רפיק חפץ להשיב למשפחה את חלקי הקרקע שהוקנו לאפוטרופוס, ולכן תר אחר קרקעות אותן יוכל לרכוש ולהחליף עם חלקיו של האפוטרופוס. כך רכש מגיסיו, המוכרים, שלושה רבעים מהחלקה. בשנת 1961 נעשו עסקאות חליפין שונות, שאין צורך לעמוד על פרטיהן. במסגרת עסקאות אלה רכשה רשות הפיתוח מרפיק את חלקיו בחלקה.

דבר קיומן של העסקאות כולן הוכח להנחת דעתה של הערכאה הראשונה, על יסוד מסמכים שונים, ובהם ייפוי כוח בלתי חוזר לטובת רפיק. רפיק לא נרשם כבעליהן של הקרקעות שקיבל במסגרת עסקאות החליפין, מסיבות שלא הובהרו במשפט. גם רשות הפיתוח לא דאגה מעולם לרשום על שמה את זכויותיה בחלקות שקיבלה מאת רפיק. לעומת זאת, מינהל מקרקעי ישראל דיווח למס רכוש ולמס הכנסה על העסקאות עוד בשנת 1962. את מסי הרכישה ומס השבח בגין העסקאות, שילם רפיק רק בשנת 1984 (עקב השגה שהגיש לגבי גובה המס). ביולי 1985 קיבל רפיק אישור לרשום על שמו את המקרקעין שקיבל בחליפין מרשות הפיתוח, אך, כאמור, הוא לא דאג לרישומם. חלק מהקרקעות שקיבל בחליפין מכר רפיק לאחרים, אך, גם עסקאות אלה לא נרשמו.

נשוב ונדגיש: רשות הפיתוח ומינהל מקרקעי ישראל, המנהל את רכושה, לא דרשו את רישומה של החלקה בשמם, ולא רשמו על שמו של רפיק את המקרקעין שהעבירו לו. החלקה נשוא דיוננו נותרה רשומה בלשכת המקרקעין על שם המוכרים. הרישום, שהיה קיים עת נרכשה החלקה על ידי רפיק בשנת 1961, לא השתנה. כך עמד בעינו הרישום משך שנים רבות.

3. נאצר (שהנו, כזכור, אחד ממוכרי החלקה), נפטר עוד בשנת 1962. בשנת 1963 הוצא צו ירושה, אך החלקה לא נרשמה על שם יורשיו. בשנת 1982 נפטר המוכר השני, כאמל. רפיק נפטר בשנת 1995. יורשי נאצר וכאמל נרשמו כבעלים של החלקה במקום המוכרים המנוחים רק בנובמבר 1997. הרישום, שנעשה רק לאחר מותו של רפיק, מהווה אחד מן הנדבכים אשר הובילו את הערכאה הראשונה למסקנה, כי יורשיהם של נאצר וכאמל ידעו על עסקת המכר שעשו אבותיהם, ועל כן לא נרשמו כבעלים כל עוד רפיק היה בחיים. על ממצא זה קובלים המערערים וטוענים, כי יורשי המוכרים דאגו להרשם כבעלים דווקא על פי הצעת מינהל מקרקעי ישראל: על פי עדותו של העד קוריס, עובד מינהל מקרקעי ישראל לשעבר, הופיעו במשרדו באפריל 1997 אדם בשם אליאס נאצר - בנו של נאצר, ואדם נוסף, וניסו לעניין את המינהל ברכישת החלקה. הווה אומר, יורשיהם של המוכרים הציעו למינהל לרכוש מהם חלקה אשר נרכשה (בלא רישום) על-ידי רשות הפיתוח עוד בשנת 1961. קוריס העיד כי אמר ליורשים שהחלקה אותה הם מבקשים למכור צריכה להירשם תחילה על שמם. יורשי המוכרים טוענים כי הערכאה הראשונה התעלמה מעדותו של קוריס, המסבירה את העיתוי בו דאגו לרשום את החלקה על שמם. לטענתם, לא היה מקום למסקנת הערכאה הראשונה לפיה הם המתנינו עם הרישום עד מותו של רפיק. לטענה זו עוד אשוב.

4. המשא ומתן בין מינהל מקרקעי ישראל לבין יורשי המוכרים לא עלה יפה; באותו שלב לא היה מר קוריס, על פי עדותו, מודע לכך שמה שמוצע למינהל הוא לרכוש קרקע אשר כבר מצויה בבעלות המדינה. ואולם, באמצע שנת 1998 הגיע לידי קוריס מכתב מאת יורשי רפיק בעניין קרקע שהם זכאים לה ואשר טרם נרשמה על שמם. המדובר, כנראה, באחת מהחלקות החלופיות שרכש רפיק מאת המינהל. מכתב זה, אודותיו העיד קוריס, לא הוצג כראיה. בעקבות המכתב גילה המינהל, על פי עדותו של קוריס, את עסקת החליפין שנערכה בשנת 1961. קוריס מסר בעדותו, כי הוא הודיע על

כך ליועץ המשפטי של המינהל. ברם, גם אז, לא נעשה דבר על מנת לרשום את החלקה על שמה של רשות הפיתוח.

5. כאמור, המשא ומתן שהתנהל בין יורשי המוכרים לבין מינהל מקרקעי ישראל לא עלה יפה. יורשי המוכרים פנו לביצועה של עסקה אחרת: ביום 21.12.99 נחתמה סדרת הסכמים בין יורשי נאצר וכאמל לבין קבוצת עונאללה ליזום והשקעות בע"מ (להלן: קבוצת עונאללה). הרוח החיה בקבוצת עונאללה הוא מר עונאללה. סדרת ההסכמים (דוגמת המוצג נ/5/2) הסדירה את מכירת חלקת הקרקע לקבוצת עונאללה. זוהי, אם כן, העסקה השנייה שנעשתה ביחס לחלקה. התחרות בין עסקה שנייה זו לבין העסקה הראשונה (שנקשרה, כזכור, בין המוכרים לבין רפיק בשנת 1961) היא העומדת ביסוד הערעורים שלפנינו. על הנסיבות בהן נחתמה העסקה השנייה, ככל שהן התבררו במשפט זה, אעמוד בהמשך הדברים.

6. על כריתת העסקה השנייה, שהניעה את יורשי רפיק לנקוט בהליכים המשפטיים נשוא ערעורים אלה, נודע ליורשי רפיק מעורך-הדין מוויס, בא-כוחו של אדם בשם אליאס יוסף חנא (להלן: חנא). ארחיב מעט את הדיבור בענין הנסיבות בהן נודע ליורשיו של רפיק שהקרקע אותה רכש אביהם לפני שנים רבות – נמכרה על ידי יורשי המוכרים לאחרים.

7. כזכור, רפיק קיבל, בחליפין לחלקה נשוא דיוננו, קרקעות שונות ממינהל מקרקעי ישראל. בחלקן הוא ביצע עסקאות. חלקה מסוימת אחת, בת חצי דונם, נמכרה לפלונית (בלא רישום), וזו, מצדה, כרתה עוד בשנת 1971 עסקה להעברת חצי הדונם לחנא. חנא ניסה לרשום את זכויותיו בחצי הדונם, אך בלא הצלחה. כפי שציין בית המשפט, על כך אין להתפלא, שכן רישום המקרקעין על שמו של חנא היה מותנה ברישום החלקה נשוא הדיון שבפנינו על שם רשות הפיתוח, דבר שטרם נעשה. בשנת

1973 הגיש חנא תביעה לבית המשפט המחוזי בנצרת, לרישום הבעלות בחלקה שרכש על שמו. התביעה הוגשה נגד אותה המוכרת, אשר מכרה לו את חצי הדונם, ונגד רשות הפיתוח. רפיק לא היה צד לתביעה. בין הצדדים להתדיינות הושג הסכם, לפיו "הצדדים יכבדו את ההסכמים שנחתמו", והתביעה נמחקה. ענין רישום חצי הדונם על שם חנא חזר והתעורר בשנת 1999. חנא מינה את עורך-הדין מרואן מוויס לרשום את חצי הדונם שרכש בזמנו על שם ילדיו. במסגרת פעולותיו למטרה זו גילה עו"ד מוויס, כי הרישום שהיה בשעתו - השתנה: במקום המוכרים (נאצר וכאמל) נרשמו יורשיהם. ומה שחשוב מזה: ביום 21.12.99 נרשמה הערת אזהרה לטובת קבוצת עונאללה. חנא מיהר להגיש תביעה. הוא קיבל במסגרתה צו מניעה, אך לא עלה בידו להמציא ערובה. עו"ד מוויס היה זה שגילה ליורשי רפיק שיורשי המוכרים עשו עסקה במקרקעין. יורשי רפיק הגישו תביעה (היא התביעה נשוא הערעור), וכן ביקשו וקיבלו צו מניעה.

8. בית המשפט קבע, כי לקבוצת עונאללה נודע אודות הטענות בדבר קיומה של העסקה הראשונה לכל המאוחר במרץ 2000. באותה עת, הם כבר שילמו, לטענתם, מחצית מסכום העסקה. ואולם, למרות שנודע להם על הטענה, שגובתה במסמכים, כי הקרקע שרכשו נמכרה כבר לרפיק שנים רבות קודם לעסקה שנעשתה עמם, הם המשיכו בביצועה של העסקה השנייה ושילמו (לטענתם) את המחצית השנייה של התמורה. צווי המניעה שהוצאו, תחילה בתביעתו של חנא ואחר כך בתביעה הנוכחית, הם שמנעו את השלמת העסקה השנייה ברישום.

פסק דינה של הערכאה הראשונה – ממצאים שבעובדה

9. הערכאה הראשונה קבעה, על יסוד ראיות מוצקות, המעוגנות בכתובים, כי אכן נערכה עם רפיק, בשנת 1961, העסקה הראשונה. היא דחתה את טענת יורשי המוכרים, לפיה ייפוי כוח בלתי חוזר, אשר נחתם, בשעתו, לטובת רפיק, מזויף הוא.

10. עוד קבעה הערכאה הראשונה, כי יורשי המוכרים ידעו בפועל שרפיק רכש את החלקה מאבותיהם המנוחים. בית המשפט קבע, כי אם טעה במסקנתו זו, הרי שיש להסיק, למצער, שיורשי המוכרים עצמו עיניהם ונמנעו מלברר שהחלקה נמכרה זה מכבר לאחר. הערעורים שבפנינו מתייחסים גם אל ממצא זה. אקדים מסקנה לניתוח ואומר, כי לדעתי, אין מקום להתערב בקביעה לפיה יורשי המוכרים ידעו על העסקה שעשו אבותיהם במקרקעין.

11. באשר לתום הלב של קבוצת עונאללה (ולמעשה, של מר עונאללה), קבע בית המשפט ממצאים חלקיים. הוא הניח (בלי לקבוע ממצא), כי המשא ומתן לקראת כריתת החוזה וכריתתו בפועל, קרי: העסקה השנייה, נעשו בתום לב. ואולם, לא כך הוא לפחות מאז מרץ 2000. בית המשפט מציין, כי קבוצת עונאללה רכשה 72 דונם במסגרת העסקה שנכרתה עמה, בסכום כולל של 935,288 דולר. להבטחת התמורה נתנה קבוצת עונאללה שקים דחויים, שרובם ככולם לא נפרעו בזמן, ואף לא הוצגו לבנק, אלא, הוחלפו בכסף מזומן. הטענה לגבי אפשרות קיומה של העסקה הראשונה הגיעה לידיעת עונאללה, לכל המאוחר, במרץ 2000, בעקבות צו המניעה שהוצא כתביעתו של חנא. לתביעתו של חנא צורפו כל המסמכים המהותיים, לרבות ייפוי הכוח שהעניקו המוכרים לרפיק וההסכמים ביניהם.

כאמור, עד לשלב זה, שילמה קבוצת עונאללה כמחצית התמורה, והיה עליה לשלם, עד לתאריך ה-20.4.02, סכום נכבד נוסף בסך 442,500 דולר. קבוצת עונאללה החליטה, בעצה אחת עם עורך דינה, שלא לבטל את העסקה עם יורשי המוכרים, להתעלם מהטענות בעניין העסקה הראשונה ולשלם את יתרת סכום התמורה. בהתנהגותה זו מצא בית המשפט קמא אינדיקציה לחוסר תום לב, "שהרי לא היתה לקבוצת עונאללה ובכל הכבוד גם לא ליועצה המשפטי, שום עילה להאמין כי המסמכים שהוצגו להם אינם אמיתיים. הם אפילו לא טרחו לברר זאת". בית המשפט קבע כי קבוצת עונאללה, בעלת

העסקה השנייה, ידעה אודות טענות הקונה הראשון בטרם הושלם הרישום על-ידה, ובשל כך אין היא יכולה להסתמך לא על סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 ולא על סעיף 10 שבו. מאחר וכך, אין היא זכאית להירשם כבעלים.

12. אעצור כאן, אקדים את המאוחר, ואעיר כי המערערים סומכים טענותיהם, בין השאר, על פסק דין שניתן בבית משפט זה לאחר מתן פסק דינה של הערכאה הראשונה: ע"א 2643/97 גנז שלמה נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ ואח'. (טרם פורסם) (להלן: פרשת גנז). פרשת גנז עסקה בשאלת משמעותו של אי-רישום הערת אזהרה על ידי הקונה הראשון. כפי שנראה להלן, לעתים אי-רישומה של הערת אזהרה לגבי העסקה הראשונה עשוי להביא לכך שיד העסקה השניה תהא על העליונה. ואולם, הכל תלוי בנסיבות המקרה. לעניין התחרות שבין שתי העסקאות כתוצאה מאי רישומה של הערת אזהרה טוענים באי-כוחה של קבוצת עונאללה, לאור פרשת גנז, כי "המועד הקובע" לעניין תום-ליבו של בעל העסקה השניה הוא מועד כריתת עסקת המקרקעין השנייה. בפסק דינה של הערכאה הראשונה אין ממצא בנוגע לשאלת תום לבו של מר עונאללה במועד עשיית העסקה השניה. בית המשפט הניח, כאמור, שעונאללה היה תם לב בעת כריתת העסקה השניה, אך לא קבע ממצא. הצדדים טענו לענין הראיות, זה בכה וזה בכה. מטענותיהם עלה, כי מבקשים הם שבית משפט זה ישלים את שהחסירה הערכאה הראשונה. גם כאן אקדים ואומר, כי מסקנתי מן הראיות הנה שגם במועד כריתת העסקה השניה לא פעל עונאללה בתום לב. על כך - בהמשך הדברים.

מסקנותיה של הערכאה הראשונה:

13. בית המשפט קבע, כי תביעתם של יורשי רפיק, בעל העסקה הראשונה, לא התיישנה. העסקה הראשונה נעשתה בשנת 1961, והתביעה לגביה, שהיא תביעה ביחס למקרקעין מוסדרים, התיישנה, לכאורה, עוד בשנת 1986. זאת משום שעסקה

במקרקעין מוסדרים, שנעשתה עובר לכניסתו לתוקף של חוק המקרקעין ולאחר חקיקת חוק ההתיישנות, תשי"ח - 1958, מתיישנת בתום 25 שנה (סעיף 5(2) לחוק ההתיישנות, תשי"ח - 1958). אלא מאי? המוכרים, וכן יורשיהם, שידעו, כאמור, על העסקה הראשונה, היו נאמניו של רפיק ואחר-כך של יורשיו. עילת התביעה כנגד נאמן קמה ונוצרת אך ורק מן הרגע בו מפר הנאמן את מעמדו זה, או כופר בנאמנותו. מרוץ התיישנותה של התביעה מתחיל עם אותה הפרה או כפירה. בעניין זה, סמכה הערכאה הראשונה ידה על פסק דינו של בית משפט זה בע"א 6906/00 א' ענבטאוי נ' דר רינה ואח', פ"ד נו(5) 280. בענייננו, רק בשלהי שנת 1999 עשו המוכרים מעשה שיש בו כפירה בנאמנות, הוא מעשה כריתת העסקה השניה. על כן - התביעה טרם התיישנה.

14. אין לדחות את התביעה בגין שיהוי. יורשי המוכרים לא פעלו בתום לב, שכן ידעו על העסקה הראשונה, ולא שינו מצבם לרעה.

15. אכן, לא נרשמה הערת אזהרה. יחד עם זאת, העסקה הראשונה היא עסקה בין בני משפחה, המאופיינת ביחסי אמון; רפיק ויורשיו היו רשאים להניח שהמוכרים ויורשיהם לא יכחישו את קיום העסקה עם רפיק. במגזר הערבי מקובל, כך ציינה הערכאה הראשונה, שניתן להסתפק ביפוי כוח בלתי חוזר ולסמוך על האמון שבין הצדדים. עוד נקבע, ועל כך עמדתי לעיל, כי הקונים בעסקה השניה (קבוצת עונאללה) אינם יכולים להסתמך לא על סעיף 9 ולא על סעיף 10 לחוק המקרקעין, כיוון שמאז מרץ 2000 הם לא היו תמי לב, והם לא השלימו את העסקה ברישום (שנמנע על ידי צווי המניעה) בעודם תמי לב.

16. בית המשפט קיבל את התביעה והצהיר, כי התובעים (יורשי רפיק) זכאים להירשם כבעלים של $\frac{3}{4}$ מחלקה 1 בגוש 18844, הרשומה על שם יורשי המוכרים. בנוסף קבע, כי יש למחוק את הערת האזהרה הרשומה לטובת קבוצת עונאללה. לבסוף,

ולמען הסר ספק, הצהיר בית המשפט, כי $\frac{3}{4}$ החלקה נמכרו, בשעתו, לרשות הפיתוח על ידי רפיק, והיא רשאית להירשם כבעלים במקום יורשיו של רפיק.

17. על הקביעות הללו נסובים, כאמור, ערעורם של יורשי המוכרים וערעורה של קבוצת עונאללה.

דיון

18. אין אני רואה יסוד להתערב בממצאו של בית המשפט קמא, לפיו יורשי המוכרים ידעו אודות העסקה שנעשתה בשנת 1961 בין אבותיהם המנוחים (נאצר וכאמל) לבין רפיק המנוח. ממצאו של בית המשפט בענין זה מעוגנים בשלל ראיות. יורשי המוכרים ידעו כי רשומה בבעלות מורישיהם חלקת אדמה גדולה בת 72 דונם, הממוקמת בלב אזור התעשייה בעיר כרמיאל. הם לא נהגו בה מינהג בעלים: הם לא מכרו אותה, לא השכירו אותה, ולא שילמו מסים בגינה. לא נעלם מעיניי, כי מעדות יורשי המוכרים עלה (ללא תמיכה בראיות חיצוניות), כי בשנות הששים הם השכירו את החלקה לחקלאים. ברם, גם לשיטתם, לא הושכרה החלקה מאז שנות השישים. בצדק ציינה הערכאה הראשונה, כי התנהגותם של יורשי המוכרים כלפי החלקה אינה הולמת כלל וכלל אדם היודע בתום לב כי בבעלותו חלקת מקרקעין. זו התנהגות של מי שיודע כי רישום הבעלות על שם מורישיו אינו נכון.

19. אכן, הערכאה הראשונה זקפה לחובת יורשי המוכרים את ההשתהות ברישומם כבעלים. כזכור, נרשמו היורשים (יחד) במרשם המקרקעין רק בשנת 1997. הערכאה הראשונה הסיקה מכך, כי היורשים המתינו עד שרפיק ילך לעולמו. בעניין זה טוענים המערערים כי נפלה שגגה מלפני הערכאה הראשונה. שהרי, הערכאה הראשונה התעלמה מעדות פקיד המינהל, מר קוריס, לפיה הוא היה זה אשר ייעץ ליורשי

המוכרים להירשם כבעליה של החלקה, אם ברצונם למוכרה. ואולם, בעיניי, אין בדבריו אלו של מר קוריס כדי להעלות או להוריד: היורשים לא נהגו כל השנים בחלקה מנהג בעלים ורק לאחר מותו של רפיק (שנפטר, כזכור, בשנת 1995) החלו לפעול למכירתה; הם פנו למינהל באמצע שנת 1997 כדי לברר אם ניתן לעניין את המינהל ברכישת הקרקע ובשנת 1999 מכרו אותה לקבוצת עונאללה. אכן, ניתן לטעון, כי עצם הפניה למינהל מעידה על תום לב דווקא, ועל כן שיורשי המוכרים לא ידעו על העסקה הראשונה. כיצד ירהיבו יורשי המוכרים עוז בנפשם ויציעו למינהל לרכוש קרקע השייכת כבר למדינה? יחד עם זאת, המינהל ישן על זכויותיו שנים רבות, ולכאורה, אכן חלפה תקופת ההתיישנות. יתכן והיורשים ראו צורך לברר ולוודא שאכן נעלמו מהמינהל זכויותיו בקרקע, כפי שלכאורה עולה מאי רישום זכויות רשות הפיתוח בחלקה מאז שנת 1961. משנתברר ליורשים כי המינהל אינו מודע לזכויותיו ואינו מטיח בהם שהקרקע שהם מציעים למכירה כלל אינה שלהם – רק אז רשמו את הקרקע על שמם ומכרו אותה. לדידי, כל שאמרה הערכאה הראשונה על כך שרק לאחר מותו של רפיק רשמו היורשים את הקרקע על שמם כוחו יפה לעניין העובדה שרק לאחר מותו של רפיק החלו יורשי המוכרים לברר את האפשרות לעשות עסקה במקרקעין.

20. הערכאה הראשונה עמדה על כך שעסקה מסוג זה, הנעשית בתוך המשפחה, אינה יכולה ואינה צריכה להישמר בסוד. לנימוק זה משקל, ועומד הוא לצידם של נימוקים אחרים. עם זאת, את מרכז הכובד יש להעניק, בעיניי, לעובדה שהיורשים לא נהגו בקרקע מנהג בעלים לאורך שנים ארוכות.

21. עניינים נוספים, אשר יוזכרו כאן לעניין (חוסר) תום לב של קבוצת עונאללה, משליכים גם על חוסר תום לבם של יורשי המוכרים. על כן, אין, כאמור, מקום להתערב בממצא, לפיו ידעו יורשי המוכרים על כך שאבותיהם מכרו את החלקה לרפיק.

22. נושא אחר בו נעדר מפסק דינה של הערכאה הראשונה ממצא, נוגע לשאלת תום לבו של מר עונאללה, הרוח החיה בקבוצת עונאללה, במועד כריתת העסקה השנייה. ציינתי, כי הצדדים כולם ביקשו לשכנע אותנו, זה בכה וזה בכה, בשאלת תום הלב של מר עונאללה (או העדרו) במועד זה. אני סבורה, שמוטב כי נשלים בעניין זה את החסר בעצמנו. אף אחד מהצדדים לא ביקש מאתנו להחזיר את הדיון לערכאה הראשונה לשם קביעת ממצא בעניין זה.

23. על חוסר תום לבו של מר עונאללה מאז מרץ 2000 עמדה הערכאה הראשונה, ואין לי אלא להצטרף למסקנותיה. אולם, דעתי היא, כי בעסקה השנייה דבקים סממנים רבים, המצביעים על כך שאין זו עסקה הנעשית במהלך העסקים הרגיל. חריגותה של העסקה מלמדת, כי שני הצדדים לעסקה (הן יורשי המוכרים והן מר עונאללה) ידעו ידוע היטב שהמדובר בעסקה שיתכן ולא יהיה מנוס מביטולה.

24. בצדק הצביעו המשיבים על סעיף מרכזי בהסכמים (דוגמת נ/2/5), סעיף 12, שזו לשונו:

12. א. בוטל הסכם זה ע"י מי מהצדדים עקב הפרת ההסכם כהפרה יסודית ע"י הצד האחר או מכל סיבה אחרת, יחזיר המוכר לקונה את כל הסכומים אשר שולמו לו ע"ח התמורה, כמפורט בסעיף 5 לעיל, כאשר סכומים אלה צמודים לשער הדולר היציג, וזאת תוך 10 ימים מיום קבלת הודעה בכתב על כך. ההודעה תיעשה במכתב רשום לכתובת המוכר כמצויין בסעיף 14 להלן.

ב. מוסכם בין הצדדים, כי בכל מקרה של ביטול ההסכם עקב הפרתו כהפרה יסודית לא תהיה למי מהצדדים זכות לתבוע פיצוי כלשהוא מהצד האחר וכל צד יחזיר את אשר קיבל מהצד האחר עפ"י הסכם זה.

ג. מוסכם בין הצדדים, כי במקרה ויבוטל ההסכם ע"י הצדדים אך מסיבה כלשהיא שלטונות מס שבח לא יאשרו את הסכם הביטול ויעמדו על תשלום מס שבח, הקונה מתחייב לשלם את מס השבח החל על המוכר ללא דיחוי.

25. סעיף זה הוא סעיף יוצא דופן ביותר. אין הוא מקובל בעסקאות מסחריות. הוא מאפשר לכל אחד מהצדדים להפר את ההסכם, כשהסנקציה היחידה היא השבה. הסעיף כמו מדבר בעד עצמו, ומצביע על כך שהצדדים שניהם היו מודעים לכך שהעסקה שכרתו היא עסקה "בעייתית", ועלולה להתבטל. אם תתבטל, כך קבעו - הצדדים ישיבו זה לזה את שקיבלו על-פי העסקה, זאת ותו לא. פיצוי כלשהו - לא יוטל. בא-כוחה של קבוצת עונאללה, עו"ד חורש, חזר וטען בפנינו, כי אין להסיק שום ממצא מסעיף זה, עליו הצביעו המשיבים בטענותיהם, כיוון שמר עונאללה לא נחקר אודותיו ולא ניתנה לו אפשרות להסבירו. טענה זו רחוקה מלהיות מדויקת. בחקירתו של מר עונאללה (עמ' 10 לפרוטוקול מיום 2.5.2002) מצאנו את חלופי הדברים הבאים:

"שאלה: אני מפנה אותך לנ/2/5 שזה החוזה שלך, תסביר לנו למה בעסקה כזו גדולה בסכומים גדולים, למה בתור קונה לא דאגת שיהיה סעיף אחד של ביטחון או סעיף פיצוי בעניין הפרה?
תשובה: את החוזה הכנתי עם העו"ד שלי, עימאד חטיב. האני [בנו של אחד מיורשי המוכרים] קיבל טיוטה מעימאד לפני החתימה. שאלתי על המשפחה הזו, אמרו לי שזו משפחה טובה, אני יודע שאם אני אעשה הערת אזהרה באותו יום ולאחר שבדקתי שהכל תקין אין פה הפרה.
שאלה: יש בחוזה סעיף קשה 12א' שמקנה להם זכות לבטל את החוזה?
תשובה: נכון, אם אני מפר את החוזה." (ההדגשה הוספה).

ולא היא: ההסכם מקנה גם למוכרים, ולא רק לקונה זכות להפר את ההסכם בלא סנקציה של פיצוי. תשובתו של עונאללה רחוקה מלהניח את הדעת. ועוד: מר עונאללה "גלגל", את התשובה לשאלה מדוע יש מחילה מראש על הפרה לפתחו של עו"ד חטיב. הוא יכול היה להעיד את עו"ד חטיב כעד הגנה, אך נמנע מלעשות כן.

בדומה, האני, בנו של אחד היורשים, שטיפל מטעם אביו ודודיו בעסקה, ציין, עת נחקר אודות סעיף 12 (עמ' 79 לפרוטוקול מיום 28.2.02), כי "הם [הקונים] הביאו אותו [את

החוזה] מנוסח כך", וכן, כי נוסח החוזה שהביאו הקונים היה "נוסח ראשון ואחרון". אין, איפוא, תשובה מניחה את הדעת לשאלה מדוע יש בחוזה ויתור מפורש על פיצוי בגין הפרה. מדובר, איפוא, בעסקה תמוהה על פניה, הנעשית שלא במהלך העסקיים הרגיל.

26. גם סיפור התמורה ששולמה, על פי הטענה, בעסקה השניה מעורר תמיהות. אין בתיק שום ראיה אובייקטיבית המעידה על כך שכספים בהיקף כה גדול עברו מיד ליד. קבוצת עונאללה טענה בכתב הגנתה כי רכשה את המקרקעין בתמורה ובתום לב לאחר עריכת כל הבדיקות הנדרשות. הראיות היחידות לענין תשלום התמורה הן עדויות בעל-פה של המעורבים בעסקה השנייה. בעדויות אלו מתגלות סתירות משמעותיות:

בעסקה עם עונאללה טיפל האני אליאס נאצר, בנו של היורש אליאס נאצר, על-פי ייפוי כוח שקיבל מאביו ומדודיו. האני נחקר בנושא תשלום התמורה בעסקה השניה (עמ' 72 ואילך לפרוטוקול מיום 28.2.2001). תחילה השיב, כי התמורה הועברה בחמישה שיקים, האחד מועדו 28.12.99, שניים מועדם 20.2.00, ושניים מועדם 20.4.00. הוא אישר, כי פנייתו של עו"ד מוויס אליו בעניין העסקה הראשונה נעשתה עוד לפני מועד פרעונו של השיק הראשון. הוא לא דיווח, לדבריו, למר עונאללה אודות פנייתו של עו"ד מוויס, כיוון שידע, לטענתו, "שהאדמה שלנו". לדבריו קבוצת עונאללה פנתה אליו בטרוניה רק לאחר פירעון כל השקים. לעומתו העיד מר עונאללה, כי ידע על הטענות בענין העסקה הראשונה כבר במרץ 2000, לפני תשלום מחצית התמורה, אך הוא ביכר להשלים את העסקה.

27. האני נשאל אם השקים נפרדו מחשבונו וציין, כי פתח חשבון מיוחד למטרה זו; שניים מהשקים נפרעו בחשבון והוא משך את הכסף במזומן וחילק אותו. השיקים המאוחרים הומרו במזומן. לא הובאה שמץ ראיה לקיומו של חשבון בנק או לפעילות

שבוצעה בו או ממנו, אף שזהו נתון שניתן להוכיחו בנקל. האני העיד גם, כי הפקיד את השיקים בבנק אך אין לו אישור מהבנק על כך. ועוד: האני סיפר כי את הכסף שקיבל חילק לאביו ולדודו ג'ורג' חודש לאחר שקיבל את כל הכסף. ואולם אביו של האני, אליאס נאסר חנא, טען (עמ' 89 לפרוטוקול מיום 6.3.03), כי לא קיבל את חלקו בתמורה וכי הכסף נשאר אצל בנו האני. לגבי אף אחד מהסכומים אין ראיה אובייקטיבית לכך שכסף עבר מיד ליד. אך גם אם נניח, כפי שהניחה הערכאה הראשונה, שהתמורה שולמה במלואה, התנהגות הקונים לאחר שנודע להם על הטענות בנושא העסקה הראשונה אומרת דרשני. הם כלל לא ניסו לבדוק את הטענה בדבר אפשרות קיומה של עסקה קודמת בזמן, בשנת 1961, עם רפיק. אין זו התנהגות המאופיינת בתום לב של מי שסבר בעת הרכישה שקרקע נמכרה לו כדין. התנהגות זו יש בה כדי להשליך לאחור, על מועד כריתת העסקה. אדישות הקונה השני, עונאללה, לטענות עו"ד מוויס בדבר עשיית העסקה הראשונה, יש בה כדי להצביע, נסיבתית, על כך שהמידע שמסר עו"ד מאויס לא היה חדש ולא היה מפתיע. ניתן היה לצפות ממי שקנה מקרקעין הרשומים על שם המוכר בתמורה ובתום לב, והסתבר לו כי יש מסמכים התומכים בכך שהקרקע כבר נמכרה לאחר שנים רבות קודם לכן, שירעיש שמים וארץ, וידרוש הסברים של ממש מהמוכרים, וכי עד קבלתם של הסברים מספקים לא ימשיך לשלם סכומים נכבדים, כפי שנטען ששולם. למצער מצביע מכלול הנתונים על כך שעונאללה ידע בעת כריתת העסקה שהעסקה "נגועה".

28. סוף דבר: ממצאיו של בית המשפט קמא, לפיהם פעלו הקונים בעסקה השניה בחוסר תום לב, יש בהם, בנסיבות עניין זה, כדי לאצול על העסקה כולה. כוחם יפה לעסקה כולה, לרבות לשלב כריתתה. ניתן איפוא לעבור לטענות המשפטיות שהעלו המערערים.

סוגיות משפטיות:

שאלת ההתיישנות והשיהוי:

29. הערכאה הראשונה קבעה, בהסתמך על פסק הדין בענין ענבטאווי, כי המוכרים (ויורשיהם, שידעו כאמור על מכירת החלקה לרפיק) היו נאמניו של הקונה – רפיק. על כן - מרוץ ההתיישנות לא החל עד לאקט המפר את הנאמנות והכופר בה, הוא אקט ביצוע העסקה השנייה. לעמדתה זו של הערכאה הראשונה מסכימה אני. לאחר פסק דינה של הערכאה הראשונה ניתן בבית משפט זה פסק דין נוסף התומך בגישה זו, והמבסס אותה: ע"א 1559/99 שושנה צימבלר נ' תורג'מן רבקה (טרם פורסם) (להלן: עניין צימבלר). מאז שני פסק הדין הנזכרים, זכות שביושר מקימה יחס של נאמנות קונסטרוקטיבית (או אולי - נאמנות קונסטרוקטיבית נוסח ישראל) בין המוכר לבין הקונה. בדין נדחתה, איפוא, טענת ההתיישנות.

30. גם בטענת השיהוי אין ממש (ראו והשוו: פסקה 19 לפסק הדין בעניין צימבלר).

אי רישום הערת אזהרה:

31. הקונים בעסקה הראשונה טענו עוד בערכאה הראשונה כי יורשי רפיק ורשות הפיתוח כאחת התרשלו כלפיהם באי רישום העסקאות שנעשו במקרקעין משך שנים רבות, ועל כן מנועים הם מלדרוש הכרה בעסקאות שנעשו בשנת 1961. למיצער - צריכים היו לרשום הערת אזהרה.

32. בסוגיית אי רישומה של הערת אזהרה זכינו ומלאכתנו נעשתה, לאחרונה, בידי הרכב מורחב של שבעה שופטים: ע"א 2643/97 גנז שלמה נ' בריטש וקולוניאל חברה בע"מ (טרם פורסם). פסק דין זה ניתן לאחר פסק דינה של הערכאה הראשונה בענייננו.

33. כשלעצמי, אין אני שותפה לגישתה ה"סלחנית" קמעא של הערכאה הראשונה ביחס לאי-רישומה של הערת האזהרה, ולא-רישום החלקה על שם בעליה הנכונים (רשות הפיתוח). אכן, המוכרים המנוחים והקונה המנוח היו גיסים. אך, ברבות השנים, עברו הנכסים (מכח ירושה) לבני דודים, וזוהי קרבה רחוקה למדי. יתרה מזאת, איני סבורה כי עלינו ליצור נורמה מיוחדת עבור המגזר הערבי, בו, לדברי הערכאה הראשונה, "מקובל" להסתפק ביפוי כוח. חזקה על השופט ממך, המכהן כשופט בבית המשפט המחוזי בנצרת, שהוא מכיר את המציאות במגזר הערבי. ואולם, על דרך העיקרון, אין ליצור נורמה משפטית מיוחדת למגזר זה, לאור תכליותיו הברורות של מרשם המקרקעין. זאת ועוד; בענייננו חלק מהעסקה הראשונה הנו עסקת חליפין עם רשות הפיתוח, שאמורה היתה להירשם כבעלים. אפילו נקבל – ולשיטתי אין לקבל – גישה "סלחנית" לאי רישום במגזר הערבי, בודאי אין לקבל גישה כזו לגבי רשות הפיתוח. אף אם מלכתחילה קרתה תקלה כלשהי, שלא הובהרה, בענין אי רישום עסקת החליפין, בצדק הצביעה הערכאה הראשונה על הזדמנויות שונות, בהן הייתה המדינה צריכה "להתעורר", ולדאוג לעגן את זכויותיה: תביעתו הראשונה של חנא נגד רשות הפיתוח משנת 1973 ותביעתו השנייה משנת 1998. לכך נוסיף, כי גם מדברי העד קוריס, עובד המינהל, עלה, כי באמצע שנת 1998 נודע למינהל על עסקת החליפין שנערכה בשנת 1961 עם רפיק. היו, איפוא, די הזדמנויות לדאוג לרישום ולמיצער לרשום הערת אזהרה, למען לא ייכשלו קונים פוטנציאליים.

34. ייתכן ופסק הדין בפרשת גנז יסייע להחדרת ההכרה, כי הערת אזהרה לא נועדה אך ורק לשם הגנה על הקונה הראשון, אלא גם לשם מניעת "תאונה משפטית" בדמותה של עסקה נוגדת. כפי שאמר שם הנשיא ברק:

"בהמנעותו מעשיית כל האפשר לרישומה של הערת האזהרה הניח בעל העסקה את התשתית ל'תאונה המשפטית' שבצקאות הנוגדות. בידו היה למנוע זאת, והוא לא עשה כן. בכך, עקרונית, יש משום מחדל שלא בתום לב. עקרון תום הלב דורש כי בעל העסקה הראשונה יפעל בהגינות, תוך התחשבות בציפיה הסבירה של בעל העסקה השניה. על כן נגזר, עקרונית, מעקרון תום הלב, כי בעל העסקה הראשונה יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, ובכך למנוע את כניסתו של בעל העסקה השניה להתקשרות עם המוכר (ראו דויטש, 'הקנין כתווית', עמ' 322; דויטש, נפילתה ועלייתה 361; דגן, 'דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיח קנייני חדש', ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 728, 673 (א' רוזן-צבי (עורך), 1997)). אכן, במרבית העסקאות במקרקעין בהן הדבר אפשרי נרשמת בפועל הערת אזהרה (ראו רייכמן, שם, עמ' 299). זוהי הפרקטיקה המקובלת בישראל. דרך מקובלת זו ראויה היא והיא מתבקשת מעקרון תום הלב".

35. יחד עם זאת, פרשת גנז איננה יוצרת זיקה אוטומטית בין אי רישום הערת

אזהרה לבין העדפת זכותו של בעל העסקה השניה. הכל תלוי בנסיבות. וכך ציין הנשיא

ברק בהמשך דבריו:

"הדגשתי כי 'עקרונית' תום הלב דורש מבעל עסקה ראשונה לעשות ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, וכי במחדלו מלעשות כן יש 'עקרונית' משום מחדל שלא בתום לב. הדגשה זו על עמדה 'עקרונית' נובעת מתוך כך, שתום לב נקבע תמיד על פי מהותו של היחס בין בעל הזכות לבין זולתו. היקף תחולתו של תום הלב מתחשב במכלול נתונים משתנים (ראו פרשת רוקר, עמ' 281). לא בכל מקרה ולא בכל הנסיבות יש באי-רישומה של הערת אזהרה משום פגיעה בעקרון תום הלב (ראו פרשת רז, עמ' 746). הדבר תלוי בנסיבות. הבחנה עקרונית, בעניין זה, הינה בין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר לבין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה".

ובהמשך הדברים:

"טול את המקרה בו ידע בעל העסקה השניה, בעת כריתתה, על קיומה של העסקה הראשונה. במצב דברים זה אין לומר כי המנעותו של בעל העסקה מלרשום הערת אזהרה היא שהביאה ל'תאונה המשפטית' שביצירתן של עסקאות נוגדות. הוא הדין אם בעל העסקה השניה

רכש את הנכס בלא לבדוק כלל את פנקס המקרקעין, או את מצבו של הנכס, המצוי כבר, אותה עת, בחזקתו של בעל העסקה הראשונה (ראו ע"א 552/86 קניני נ' נאסר, פ"ד מז(2) 102, 105). במצבים אלה ואחרים, עשויה התנהגותו של בעל העסקה השניה לשלול ממנו את הטענה כי בעל העסקה הראשונה פעל כלפיו שלא בתום לב".

36. בנסיבות העניין שבפנינו, אילו נמכרה הקרקע בשנת 1999 לקונה תם לב, הייתי סבורה שאכן יד הקונה השני על העליונה. הכשל המשותף לרפיק ויורשיו ולרשות הפיתוח, הנעוץ באי הרישום, הנו כשל כבד ומתמשך. בפרשת גנז פעל הקונה השני בתום לב, ועל כן נקבע, בנסיבותיו של אותו עניין, כי אין הקונה הראשון יכול להפעיל את זכות האכיפה העומדת לו כנגד הקונה השני. לא כך בענייננו. בנסיבות העניין שלפנינו, עליהן עמדתי בהרחבה, העסקה השנייה לא נכרתה בתום לב. לפיכך, לא תוכל קבוצת עונאללה להיבנות מכך שרפיק, או יורשיו, או רשות הפיתוח לא דאגו משך שנים ארוכות לרישום העסקאות או למיצער לרישום הערת אזהרה.

סיכום:

37. בדין נתקבלה תביעתם של יורשי רפיק, ויש, לדעתי, לדחות את הערעורים. המערערים בכל אחד מהערעורים בנפרד, ישאו בהוצאות המשיבים 1 ו-2 (פואד רפיק ח'זאן וזיאד רפיק ח'זאן) בסך 15,000 ₪ + מע"מ ובהוצאות המשיבה 3 (רשות הפיתוח) בסך 15,000 ₪. לא יהיה צו להוצאות בין שאר הצדדים.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא ת' אור:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

ניתן היום, כ"ו בתשרי תשס"ד (22.10.2003).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה לנשיא