

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1516/99

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

המערערים:

1. מרים לוי
2. שלמה לוי
3. לאה מרלנדר
4. צבי מרלנדר

נגד

המשיבים:

1. נדיה חיג'אזי
2. נוצה חיג'אזי
3. מחמוד חיג'אזי
4. סאמיה חיג'אזי
5. זאהי חיג'אזי
6. חזנה חיג'אזי
7. מוחמד חיג'אזי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בנצרת מיום 26.1.99 וכן על החלטתו מיום
8.7.96 בת.א. 106/95 שניתנו על ידי כבוד
השופט ע' ר' זועבי

תאריך הישיבה:

ט' באייר תש"ס (14.5.00)

בשם המערערים 1-2:

עו"ד א. ארנון

בשם המערערים 3-4:

עו"ד א. גיגי

בשם המשיבים 1-7:

עו"ד ס. עבדאללה

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. עניינו העיקרי של הליך זה בשאלה מהו תוקפה המשפטי של התחייבות אדם ליתן מקרקעין במתנה לילדיו, אשר לא נשתכללה לכלל הקנייה סופית, כלפי נושיו של נותן המתנה, אשר הטילו עיקול על המקרקעין.

רקע עובדתי

2. ביום 1.8.86 חתם המשיב הפורמלי חוסיין חיג'אזי (להלן - "החייב") על יפוי כח בלתי חוזר בפני עו"ד-נוטריון ובו ייפה את כוחה של אשתו נג'דיה חיג'אזי (להלן - "אשת החייב") להעביר בחלקים שווים וללא תמורה לשבעת ילדי בני הזוג מקרקעין המפורטים ברשימה הרצופה ליפוי הכח (להלן - "המקרקעין"). ילדיהם של בני הזוג הם המשיבים בענייננו (להלן - "הבנים"). לטענתם, ליפוי כח זה קדם הסכם בין החייב לבנים (ת2/) (להלן - "הסכם המתנה") ובו התחייב אביהם להעביר להם במתנה את המקרקעין. הסכם המתנה לא השתכלל ברישום החלקות על שם הבנים, והמקרקעין נותרו רשומים במירשם המקרקעין על שם החייב.

המערערים 1 עד 4 הינם שני זוגות נושים של החייב (להלן - "הנושים"). בין הנושים לחייב התנהלו הליכים משפטיים אשר במסגרתם ניתן ביום 16.2.92 פסק בוררות המחייב את החייב לשלם לכל זוג נושים סך של 200,000 ש"ח, ובסך הכל 400,000 ש"ח (להלן - "פסק הבוררות"). ביום 20.5.92 רשמו הבנים הערות אזהרה על חלק מהמקרקעין נשוא המתנה, וזאת על סמך יפוי הכח הבלתי חוזר. ביום 22.11.92 אישר בית המשפט את פסק הבוררות שניתן לטובת הנושים ובעקבות כך הם פתחו בהליכי הוצאה לפועל למימוש פסק הדין שניתן לטובתם. במסגרת הליכי ההוצאה לפועל, רשמו הנושים ביום 6.1.93 עיקולים על המקרקעין הרשומים על שם החייב. בעקבות הליכים למימוש העיקולים שהחלו בהם הנושים, הגישו הבנים ביום 30.8.93 תביעה לבית המשפט המחוזי ובה עתרו לסעד הצהרתי לפיו הם הינם הזכאים למקרקעין וכי לנושים אין כל זכויות בנכסים אלה ולפיכך יש למחוק את העיקולים שהוטלו על המקרקעין ולהתיר להם להמשיך בהליכי רישום המקרקעין על שמם במירשם המקרקעין. טענת הבנים בהקשר זה היתה כי העיקולים שהטילו הנושים על המקרקעין אינם תופסים מאחר שלחייב אין כל זכויות במקרקעין משהוא העביר אליהם את זכויותיו באמצעות יפוי הכח הבלתי חוזר. החייב לא הגיש כתב הגנה, לא התנגד לתביעה והפך בכך להיות בעל דין פורמלי.

הנושים התגוננו בתביעה בטענה כי החייב עשה קנוניה עם בניו במטרה להברیح את רכושו מנושיו ולסכל בכך את יכולתם לממש מרכושו את פרעון חובו כלפיהם. הנושים מרלנדר הגישו מטעמים גם תביעה שכנגד, ובה עתרו לבטל את יפוי הכח הבלתי חוזר ואת הערות האזהרה שנרשמו על המקרקעין לטובת הבנים. תביעה זו התבססה על טענה כי מדובר בהעברה ללא תמורה, פרי קנוניה, וכי בנסיבות אלה יש לראות את יפוי הכח הבלתי חוזר שמכוחו נרשמו ההערות כניתן למטרה בלתי חוקית ולכן אין לייחס לו ולהערות האזהרה שנרשמו מכוחו כל תוקף. בעקבות תיקון תביעה לצורך צירוף הסכם המתנה, שלא צורף לנוסחים קודמים של כתב התביעה, טענו עוד הנושים כי הסכם המתנה אינו אלא מסמך מזויף שנערך רק לאחרונה כדי לסייע בהברחת המקרקעין מתפיסתם על ידם. מכאן, לטענתם, מדובר בהעברת מקרקעין פיקטיבית ובהערות אזהרה בלתי תקפות, ויש לאפשר להם להמשיך בהליכי הוצאה לפועל שהחלו בהם למימוש העיקולים על המקרקעין.

בישיבת בית המשפט מיום 15.11.94 נתקבלה החלטה למחוק את התביעה המקורית שהגישו הבנים ולקבל את התביעה-שכנגד שהוגשה על ידי חלק מהנושים עקב אי התייצבות התובעים. משמעות קבלת התביעה שכנגד היתה כי יפוי הכח בטל ובית המשפט הורה למחוק את הערות האזהרה שנרשמו לטובת הבנים. הערות אלה בפועל נמחקו, ומעולם לא נרשמו שוב.

ביום 21.11.94 הגישו הבנים בקשה (המרצה 1245/94) לבטל את פסק הדין שניתן נגדם במעמד צד אחד. ביום 8.12.94 קיבל בית המשפט את הבקשה וביטל את פסק הדין וקבע המשך דיון בתיק בפניו.

ביום 18.1.95 הוכרז החייב פושט רגל, ועו"ד ארנון, שהוא בא כח הנושים לוי, מונה נאמן על נכסי החייב (להלן - "הנאמן"). בעקבות הכרזת פשיטת הרגל, הגיש הנאמן בקשה לבית המשפט לעכב את הליכי המשפט, אולם בקשתו נדחתה בהחלטת בית המשפט מיום 8.7.96 והדיון נמשך לגופו. במשפט הובאו ראיות מצד הבנים- התובעים בלבד, ועדי התובעים נחקרו בחקירה נגדית, ואילו הנושים לא הגישו תצהירים מטעמם במועדים שנקצבו לכך ולפיכך לא הורשו להביא ראיות כלשהן מטעמם. על יסוד ראיות התובעים וסיכומי טענות הצדדים נתן בית המשפט המחוזי את פסקו.

עיקרי פסק הדין של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי בפסק דינו קבע את הקביעות הבאות:

(א) אשר לטענת הנושים לפיה הסכם המתנה לא נחתם באופן אמיתי בתאריך הנקוב בו ב- 15.7.86 אלא בתאריך מאוחר בהרבה, לאחר מתן פסק הבוררות, במטרה להבריח את נכסי החייב לבניו נקבע כי הראיות שהביאו הבנים לענין אמיתותו של ההסכם מבחינת מועד עריכתו מספקות את רמת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי ולפיכך מדובר בהסכם מתנה אמיתי הן לענין תוכנו והן לענין מועד עריכתו.

(ב) אשר למהות העיסקה שנערכה בין החייב לבניו נקבע, כי מדובר בעיסקת מתנה במקרקעין שלא נגמרה ברישום. יש, על כן, לראותה כהתחייבות לעשות עיסקת מתנה במשמעות סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט 1969-;

(ג) לענין הערות האזהרה שנרשמו לטובת הבנים ובוטלו עם מתן פסק הדין במעמד צד אחד ולא נרשמו שנית לאחר ביטולו, נקבע כי מן הצדק להניח, לצורך הענין, כי ההערות קיימות אף שנמחקו. בהתאם להנחה זו נפסק כי לבעלי הערות האזהרה עדיפות על העיקול שנרשם מאוחר יותר על ידי הנושים, וזאת מכח הוראת 127(ב) לחוק המקרקעין. מכאן, שהנושים נדחים מפני הבנים לענין אותן חלקות. אשר לחלקות המקרקעין שלגביהן לא נרשמו הערות, הוחלט כי חוסר הרישום נבע משכחה ויש על כן לראות גם חלקות אלה

כאילו נרשמו בגין הערות אזהרה קודם לרישום העיקולים. לפיכך נמצא כי גם זכויות הבנים לגבי חלקות אלה גוברות על זכויות הנושים מכח העיקולים.

(ד) נבחנה משמעות העובדה כי הסכם המתנה, אף שהתייחס לחלק מהבנים בעת שהיו קטינים, לא אושר בידי בית המשפט כנדרש על פי סעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות התשכ"ב-1962. לענין זה נקבע כי בהתאם להלכה הפסוקה, אימוץ עיסקה על ידי קטין שבגר עשוי להיות תחליף לצורך באישור על ידי בית המשפט. וכך, ניתן לראות ברישום הערות האזהרה על ידי הבנים ב- 20.5.92 בעת שכולם, פרט לאחד, היו בוגרים, כהתנהגות שיש בה משום אימוץ ההסכם. יתר על כן, ב- 21.6.93, לאחר שכל הבנים בגרו הם חתמו על הצהרה לשלטונות מס שבח, הטומנת בחובה גם היא אימוץ עיסקת המתנה. בפעולות אלה ראה בית המשפט תחליף לאישור בית המשפט. על יסוד כל אלה נקבע כי הבנים הוכיחו את זכותם במקרקעין, הנושים לא הוכיחו את תביעתם הנגדית, וניתן הסעד ההצהרתי המבוקש לפיו הבנים הינם בעלי זכויות בכל חלקות המקרקעין והם רשאים להמשיך בהליכי ההעברה והרישום של המקרקעין על שמם במירשם המקרקעין. התביעה שכנגד נדחתה, והוצא צו למחיקת העיקולים שנרשמו לטובת הנושים על החלקות.

טענות הצדדים בערעור

4. הנושים מערערים על פסק הדין ואלה טיעוניהם העיקריים:

(א) טעה בית המשפט בהחליטו שלא לעכב את הליכי המשפט ולהעביר את הענין לדיון במסגרת הליכי פשיטת הרגל, וזאת נוכח האינטרס הקיים בריכוז ההליכים המשפטיים כנגד חייב שהוכרז פושט רגל במסגרת המיוחדת שנכונה לכך בפקודת פשיטת הרגל, ועל פי הכללים המהותיים החלים על מערכת זו.

(ב) בית המשפט קמא טעה בקביעתו העובדתית כי הסכם המתנה הינו הסכם אמיתי ולא שקרי בכל הנוגע למועד עריכתו. למעשה, ההסכם נעשה רק לאחר מתן פסק הבוררות ולצורך הברחת רכוש החייב לבניו, מחשש שייתפס על ידי נושיו. לענין זה נטען, ראשית, כי טעה בית המשפט בקובעו כי עדויות התובעים מהימנות. התצהירים שהוגשו מטעמם לא נערכו על ידם והם לא היו אחראים באופן אמיתי לתוכנם, ומכלול הסתירות בעדותם מצביע על אי אמיתותם. יתר על כן, החייב סירב להעיד ולא מסר כל גרסה, ובית המשפט דחה שלא כדין את בקשת הנושים להזמין לעדות ולחקור אותו, ובאופן זה נפגעה באורח מהותי זכותם להתגונן מעבר למידה הראויה בהתחשב במחדלם להגיש תצהירי עדויות מטעמם. שנית, הנושים מעלים מספר טיעונים במישור האובייקטיבי מהם הם מבקשים להסיק כי קימת הסתברות גבוהה כי הסכם המתנה נערך בשלב

מאוחר מאד לאחר מתן פסק הבוררות, וזאת כדי להבריא את הרכוש ולאחר שהתברר לבנים כי יפוי הכח, כשהוא לעצמו, לא יספיק לצורך ביסוס זכותם לקרקע.

(ג) בהעדר הסכם מתנה בר תוקף, יפוי הכח, כשלעצמו, אינו מועיל להעביר לבנים זכויות, מה גם שלא נעשה בו שימוש כלשהו על ידי אשת החייב שנתמנתה שלוחה לצורך ביצועו. מכאן, אין מקום לטענה כי הבנים הינם בבחינת בעלי זכויות במקרקעין משלב עריכת יפוי הכח.

(ד) עיסקת המתנה לא אושרה על ידי בית המשפט חרף קטינות חלק מהבנים בעת עריכת יפוי הכח ב-1986 ואין לראות ברישום הערות האזהרה והצהרת הבנים למס שבח בבחינת תחליף לצורך באישור כאמור. ההצהרה למס שבח ניתנה לאחר רישום העיקולים על ידי הנושים ולכן אין היא יכולה להכשיר עיסקה שאחרת היתה חסרת תוקף. אשר להערות האזהרה - אלה נרשמו רק על חלק מהמקרקעין ולא על כולם, ואחד הבנים היה קטין בעת רישומן, כך שגם הן אינן מרפאות את פגם העדר האישור, בודאי לגבי הבן הקטין.

5. הבנים טוענים בתשובתם את הטענות הבאות:

(א) אשר לעיכוב ההליכים - אין מדובר בתביעת חוב של נושה כנגד חייב, שכן החייב הינו צד פורמלי בלבד לדיון, אלא עניינה של המחלוקת בבירור זכויות הבנים לקרקע לעומת זכויות נושי החייב מכח העיקולים. מחלוקת מסוג זה אינה מתבררת בפני הנאמן בפשיטת רגל ולכן לא היה מקום לעיכוב ההליך ולהעברת הענין לבירור במסגרת הליכי פשיטת הרגל. בכל מקרה, אין מקום להתערב בשיקול דעת בית משפט קמא בענין זה.

(ב) לענין הראיות וקביעת הממצאים, ניתנה לנושים הזדמנות להציג את ראיותיהם והם החמיצו הזדמנות זו ובענין זה אין להם אלא להלין על עצמם. בראיות שהובאו, די היה כדי ליצור תשתית המבססת כראוי את הממצאים העובדתיים שנקבעו.

(ג) הצהרות הבנים בפני רשויות מס שבח מספיקות לצורך דרישת אימוץ עיסקת המתנה על ידי הבנים בעת שבגרו, ואין צורך באישור בית משפט בנסיבות אלה. גם החזקה בחלקות והשימוש בהן בדרך רציפה מהווה אישור נוסף לאימוץ הסכם המתנה על ידי הבנים, עם היותם לבגירים.

הכרעה

עיכוב הליכים

6. החייב הוכרז פושט רגל ב-18.1.95. בבית משפט לפשיטת רגל, בעוד הדיון בתביעה בבית משפט קמא תלוי ועומד. הנאמן פנה לבית המשפט (המרצה 1491/95) וביקש לעכב את ההליכים נגד החייב ולהפנות את הענין לדיון במסגרת תיק פשיטת הרגל. בית המשפט המחוזי דחה את בקשת העיכוב בהסתמכו על סעיף 20 לפקודת פשיטת הרגל, ממנו למד כי מתן צו כינוס מהווה חסימה לפתיחת הליכים משפטיים נגד חייב אלא אם נתקבלה רשות מבית המשפט, ופירש הוראה זו כחלה רק על פתיחת הליכים בעתיד, להבדיל מהליכים התלויים ועומדים בבית המשפט בעת מתן צו הכינוס. לאור זאת הוא קבע כי מקרה זה אינו נופל לגדר סעיף 20 או סעיף 96 לפקודה ודחה את הבקשה. ראוי לאמץ את מסקנת בית משפט קמא, גם אם לא מטעמיו.

7. הליכי פשיטת רגל, מתחילתם, עשויים לגרור בעקבותיהם עיכוב הליכים משפטיים והליכי הוצאה לפועל כאשר שיקול הדעת השיפוטי בהקשר לעיכוב משתנה בהתאם למידת התקדמותו של הליך פשיטת הרגל. סעיף 22 לפקודה מדבר בעיכוב הליכים בשלב הגשת בקשת פשיטת הרגל ובטרם ניתן צו פשיטת רגל. הוא קובע:

עיכוב הליכים

"א) משהוגשה הבקשה, רשאי בית המשפט לעכב כל תובענה, הוצאה לפועל, ואמצעי אחר על פי דין נגד החייב. ...

ב) כל בית משפט או בית-דין שהוכח לו כי נגד נתבע במשפט התלוי ועומד לפניו קיימת עתירת פשיטת רגל, רשאי לעכב את הליכי המשפט או להתנות את המשכם בתנאים שיראה.

ג).....

ד) על אף האמור בסעיף זה -

(1) לא יעכב בית המשפט תובענה נגד פושט רגל אם הפטרו לא היה משמש בה הגנה;"

בצד סעיף 22, קובע סעיף 20 לפקודה הוראות הנוגעות לעיכוב הליכים בשלב מתקדם יותר בהליך פשיטת הרגל, בו ניתן כבר צו כינוס. כך הוא מורה:

פעולות צו כינוס

"משניתן צו הכינוס, יהיה הכונס הרשמי שליד בית המשפט הכונס של נכסי החייב, ומכאן ואילך, ובאין הוראה אחרת בפקודה זו, לא תהיה תרופה לנושה נגד החייב לו חוב בר-תביעה, ולא יפתח שום נושה בתובענה או בהליכים משפטיים אחרים אלא ברשות בית המשפט ובתנאים שיראה לקבוע."

הוראה זו משמיעה את אלה: ראשית, ממועד מתן צו הכינוס לא תהיה תרופה לנושה כנגד החייב לגבי חוב בר תביעה אלא במסגרת הליכי פשיטת רגל; שנית, לא ייפתחו הליכים משפטיים על ידי נושה אלא ברשות בית המשפט של פשיטת רגל ובתנאים שיקבע. משתמע עוד, אף כי הדבר לא נאמר במפורש, כי הליכים תלויים ועומדים בבית משפט בעת מתן צו הכינוס יעוכבו אלא אם ניתנה רשות להמשיכם. (לוי, גרוניס, פשיטת רגל, מהד' 2, 2000, עמ' 115) ההבדל בשלב בו מצויים הליכי פשיטת רגל - לפני או אחרי צו כינוס - משליך על השאלה מיהו בית המשפט המוסמך להחליט בשאלת עיכוב ההליכים ומהו היקף שיקול הדעת הנתון לו לענין זה. בשלב שבטרם צו כינוס, עשוי בית משפט הדין בתובענה או בית משפט של פשיטת רגל להורות על עיכוב הליכים כאשר המטרה העיקרית היא לאפשר הסדר תשלום חובות החייב, העשוי ליתר מתן צו כינוס ולקטוע את המשך הליכי פשיטת הרגל. סמכות בית המשפט של פשיטת רגל היא כללית לגבי כלל ההליכים המתנהלים נגד החייב בעוד סמכות בית המשפט הדין בתובענה מוגבלת לענין הנדון בפניו. לאחר מתן צו הכינוס, תכלית העיכוב שונה. בשלב זה כבר הוכח כי החייב ביצע מעשה פשיטת רגל והמשך הליכי פשיטת הרגל נועד להבטיח כי הנושים יקבלו את המגיע להם על בסיס שוויוני בהליך שימזער ככל הניתן את העלויות הדיוניות. המגמה היא למנוע מצב בו נושה זריז, המקדים נושה מתמהמה, יזכה בנתח גדול יותר מנכסי החייב ולחסוך בהוצאות הכרוכות בניהול משפטים יקרים הגורעות מהמאסה, המוגבלת בלאו הכי, של נכסי החייב העומדים לחלוקה. תכליות אלה הן העומדות ביסוד העקרון כי בשלב זה יעוכבו התביעות התלויות ועומדות שהגישו הנושים לבתי המשפט, למעט במקרים נדירים וחריגים בהם המשך ניהול התביעות הותר, ותביעות חדשות לא תוגשנה אלא בכפוף לרשות מיוחדת. בשלב זה של הליך פשיטת הרגל, בית המשפט של פשיטת רגל הוא בעל סמכות ההחלטה בענין מתן היתר לדיון בתביעה בהליך רגיל - בין אם מדובר בהמשך דיון בתביעה קיימת ובין בהגשת תביעה חדשה. בידי בית משפט זה הכלים ומכלול הנתונים הרלבנטיים שיש לשקלם ולהעריכם לצורך מתן החלטה אם להתיר, בבחינת יוצא מן הכלל, בירור תובענה בבית משפט על פי הסדר הרגיל. (פשר 14/96, המר 4899/96 בנק הפועלים נגד שאג ואח', דינים מחוזי לב(1) 874).

8. עיכוב הליכים בפשיטת רגל חל, בכל מקרה, רק על "חובות בני תביעה" כמשמעות מושגים אלה בפקודה (לוי, גרוניס, פשיטת רגל, מהד' 2, 2000, עמ' 102). הליכים הנוגעים לענינים אחרים אינם בני עיכוב. הדבר עולה מניסוחו של סעיף 20, הקובע כי משלב מתן צו הכינוס לא תהא תרופה לנושה נגד החייב לו "חוב בר תביעה". "חוב בר תביעה" מוגדר בסעיף ההגדרות של הפקודה ככל חוב או חבות שניתן לפי פקודה זו לתובעם בפשיטת רגל; סעיף 71(א) לפקודה מגדיר חובות בני תביעה בפשיטת רגל ככוללים "חוב וחבות קיימים

או עתידים, ודאים או מותנים, החלים על החייב ביום מתן צו הכינוס או שיחולו עליו לפני הפטרו עקב התחייבות מלפני מתן הצו". המושג "חבות" הוגדר בהרחבה בסעיף ההגדרות של הפקודה כ-

"התקשרות, התחייבות, הסכמה או הבטחה מפורשות או משתמעות, העשויות להביא עמן או עם הפרתן לתשלום כסף או שווה כסף... והוא - אף אם סכום החבות אינו קצוב או לא ניתן להיקבע לפי כללים מוגדרים, או שהוא נתון לשיקול דעת, או שהוא מותנה או טרם חל זמן פרעונו..."

נראה, על כן, כי "חובות בני תביעה" בפשיטת רגל שבהם דן הנאמן, ואשר לצורך ריכוזם בפניו לאחר מתן צו כינוס נדרש עיכוב הליכים, הינם חובות וחבויות שמשמעותן היא כספית - בין קימת ובין עתידית, בין ודאית ובין מותנית, בין קצובה ובין בלתי קצובה, ולמעט חובות מסוימים המוצאים מן הכלל במפורש (סעיפים 72 ו-73 לפקודה). מאחר שערכוב הליכים תלויים ועומדים ואיסור על פתיחת הליכים חדשים לאחר צו כינוס מתייחסים רק לחובות בני תביעה, אין מניעה כי תובע יגיש תביעת נזיקין כנגד פושט רגל, בהיות תביעה זו מוצאת מגדר ההגדרה של חוב בר תביעה (סעיף 72(1) לפקודה) והוא הדין לגבי תביעה לסילוק יד של פושט רגל ממושכר בשל אי תשלום דמי שכירות (ליון וגרוניס, שם, עמ' 115).

כנגד חובות בני תביעה במשמעות האמורה מצויים נכסי החייב העומדים לחלוקה בין נושיו. אלה מוגדרים בסעיף 85 לפקודה. הם כוללים כל נכס השייך לפושט הרגל או המוקנה לו בתחילת פשיטת הרגל, וכל נכס שירכוש או שיוקנה לו לפני הפטרו (סק' 1)). לנאמן מוקנה הכח להפעיל זכות לגבי נכס או לנקוט הליכים לשם הפעלת הזכות בדרך שהיה יכול פושט הרגל להפעיל לטובתו בתחילת פשיטת רגלו או לפני הפטרו (סק' 2)). השאלה אם נכס מסוים שייך לפושט הרגל אם לאו, אינה נכללת בתחום הענינים המועברים להכרעת הנאמן משאינה נוגעת ל"חובות בני תביעה" אשר לגביהם מעוכבים הליכים משפטיים כדי שהנאמן ידון ויכריע בהם במרוכז. סוגיה כזו תידון, דרך כלל, במסגרת תביעה משפטית רגילה. (השווה ליון, גרוניס, שם, עמ' 115; ע"א 337/63 גולדשטיין נ' חב' סער, פד"י י"ז(4) 2602, 2604; צ' כהן, פירוק חברות, 2000, עמ' 376).

9. הבקשה לעיכוב הליכים בעניינו הוגשה לאחר שנתינת צו פשיטת רגל כנגד החייב. אילו נכלל נושא התביעה בגדר "חוב בר תביעה" בפשיטת רגל, היה בית משפט קמא נדרש מכח ההסדר המשתמע מסעיף 20 לפקודה לעכב באופן מיידי את ההליך כנגד החייב גם אם לא היה בכך כדי לחסום את המשכו של ההליך ככל שהוא נוגע לתביעת הבנים נגד הנושים. רק פנייה לבית משפט של פשיטת רגל ומתן רשות מטעמו להמשיך ההליכים המשפטיים כנגד החייב היתה עשויה להכשיר את המשך הדיון ומתן פסק דין בעניינו. אולם בעניינו לא נדרש מהלך כזה מהטעמים הבאים:

נשוא התובענה שבפנינו על פי מהות הסעד שנתבקש בה אינו נופל למסגרת ההגדרה של "חוב בר-תביעה" במשמעות הפקודה, ולפיכך הוראת סעיף 20 בדבר עיכוב הליכי התביעה אינה חלה לגביו. תביעת הבנים, בין כנגד החייב ובין כנגד הנושים, אינה תביעה כספית במהותה אלא עניינה הצהרה בדבר זכותם למקרקעין על פי הסכם המתנה ויפוי הכח הבלתי חוזר ובדבר זכותם הנגזרת מכך להמשיך בהליכי הרישום של המקרקעין על שמם. עילת התובענה והסעד המבוקש כאן אינם נופלים, על פי מהותם, למסגרת אותן תביעות נושים שיש לרכזן לבירור בידי הנאמן, אלא עניינם בבקשה להגדיר את זכויות הבנים לגבי המקרקעין באופן שלא יכללו במאסת הנכסים של פושט הרגל. נושא זה, על פי טיבו, אינו נכלל בגדר אותם עניינים המוצאים, דרך כלל, ממסגרת ההתדיינות המשפטית הרגילה גם בשלב שלאחר מתן צו כינוס. (השווה צ' כהן, שם, עמ' 376; הערת שוליים 85). יתר על כן, יש ממש בטענה כי ההליך שלפנינו אינו מופנה באופן אמיתי כנגד החייב, אלא עיקר עניינו במחלוקת בין הבנים לבין נושי החייב, בעוד החייב, בהתייחסותו הפאסיבית למחלוקת, מחזק את ידי הבנים בתביעתם לשכלל את ההתחייבות למתנה שבידיהם לכלל מעשה מוגמר. גם אילו עוכבו ההליכים כנגד החייב לבקשת הנאמן, ניתן היה להמשיך ולנהל את התובענה בין הצדדים העיקריים האחרים - הבנים והנושים - ולא היה צורך בניהול תביעה מקבילה באותה עילה כנגד החייב בפני הנאמן. מעבר לכל אלה, מדובר כאן במטריאה מורכבת, אשר אפילו נדרש הנאמן להכריע בה, היה סיכוי סביר כי הענין היה מגיע לדיון בערכאת ערעור - דבר המצדיק, כשלעצמו, לעיתים, הימנעות מעיכוב הליכים ומתן היתר להמשך ההליך המשפטי (המר' 161/64 רג'ואן נ' ד', פד"י (3) 316, 318; פשר 132/95 המר' 3380/97 מרקס נ' ידיד ואח', דינים (מחוזי) כו(7) 664). לאור כל אלה, אין להתערב בהחלטת בית משפט קמא שלא לעכב הליכים בתובענה, גם אם לא מטעמיו.

תקפות עיסקת המתנה - בחינתה במישור הדין האזרחי הכללי ובמישור דיני פשיטת הרגל

10. הסוגיה העיקרית העולה לדיון בערעור זה נסבה על תקפותו של הסכם המתנה ויפוי הכח הבלתי חוזר כלפי נושי החייב. סוגיה זו נתונה לבחינה בשני מישורים נפרדים: האחד - מישור הדין האזרחי הכללי - דין החוזים ודין הקניין-הבוחן את מאפייניה של העיסקה על פי אמות המידה הנקוטות בתחום זה. במסגרת בחינה זו יש לסקור במקרה זה גם את דיני הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הבוחנים את תקפותה של העיסקה נוכח קטינותם של חלק מהבנים בעת ביצועה. המישור האחר הוא מישור דיני פשיטת הרגל, המכיל הוראות מיוחדות במסגרת סעיף 96 לפקודה הנוגעות לביטול הענקות בהקשר המיוחד להליכי פשיטת רגל, המתנהלים בעניינו של החייב בפני בית משפט של פשיטת רגל. ההסדר בדבר ביטול הענקות בפשיטת רגל נועד להביא לביטול העברות רכוש שביצע החייב אשר, חרף היותן תקפות על פי הדין האזרחי הכללי, ניתן לבטלן בהתקיים תנאים מסוימים, וכל זאת כדי להגשים תכליות מיוחדות לתחום זה. בחינת תוקפה של העיסקה על פי כל אחד

מהמישורים האמורים נשענת על תשתית כללים שונה, אך ישנה חוליה המקשרת ביניהם באופן הבא: אם בחינת העיסקה לפי הדין הכללי מובילה למסקנה כי היא תקפה, עדיין קיימת אפשרות כי בחינתה לאור דיני פשיטת הרגל תביא לתוצאה כי היא בטלה על פיהם. לעומת זאת, אם הבחינה על פי הדין הכללי תביא לתוצאה כי מדובר בעסקה שאינה תקפה או שתביעת הבנים לא הוכחה, ינבע מכך כי הנכס נשאר נכסו של החייב ונכלל במאסט הנכסים שלו העומדת לחלוקה, והדיון בתקפות העיסקה על פי דיני פשיטת הרגל יתייחר; שהרי דיני ביטול הענקות בפשיטת רגל חלים מקום שמדובר בהענקות רכוש, אשר אלמלא הליכי פשיטת הרגל, היו תקפות. ענייננו בהליך זה יתמקד, אפוא, בבחינת תוקפה של העיסקה מבחינת הדין האזרחי הכללי, ובבחינה זו בלבד.

משמעותו המשפטית של הסכם המתנה

11. משמעותו המשפטית של הסכם המתנה במישור הדין האזרחי הכללי עולה בשני הקשרים אפשריים: הראשון - אמיתותו של ההסכם מבחינת מועד עריכתו והשלכת נתון זה על חוקיותו של ההסכם מצד אחד, ומגבלות זכותו של החייב להתחייב ליתן את המקרקעין במתנה לאחר שהוטלו עיקולים עליהם, מצד שני. השני - זכויות הבנים למקרקעין מכח ההסכם ביחס לזכויות נושי החייב למקרקעין במישור התחרות בין זכויות בדיני הקנין. נבחן סוגיה זו על היבטיה.

אמיתות הסכם המתנה

12. הצדדים לא חלקו על העובדה כי ב- 1.8.86 חתם החייב על יפוי כח בלתי חוזר בפני נוטריון ובו ייפה את כוחה של אשתו להעביר את המקרקעין על שם ילדיו. עם זאת, עולות השאלות הבאות: האם יפוי הכח, כשהוא לעצמו, מהווה התחייבות החייב כלפי בניו ליתן להם את המקרקעין במתנה, או שמא משמעותו היחידה היא ליתן בידי האם הרשאת פעולה בלתי חוזרת להעברת המקרקעין אל הבנים ובכך לממש זכות שהוקנתה להם ממקור חיצוני למסמך ההרשאה. מאחר שבצד יפוי הכח הוצג הסכם מתנה חתום על ידי החייב והבנים, האם התאריך הנקוב בו- 15.7.86 - הוא אכן התאריך הנכון של עריכתו או שמא הוא נעשה בשלב מאוחר בהרבה, בעצם ניהול הליכי המשפט? אם יתברר כי ההסכם נערך בתאריך מאוחר כאמור, מה משמעות יש לייחס לדבר מבחינת תקפותו המשפטית של הסכם המתנה? תשובתי לשאלות אלה היא זו:

יפוי הכח הבלתי חוזר

13. משמעותו המשפטית של יפוי כח בלתי חוזר נשאבת מהוראות סעיף 14(ב) לחוק השליחות התשכ"ה-1965. על פי האמור בו, לא תסתיים שליחות באחד המצבים האמורים בסק' (א) "אם ניתנה ההרשאה

להבטחת זכותו של אדם אחר או של השלוח עצמו, וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות". ההרשאה על פי הוראה זו ניתנת להבטחת "זכותו" של אחר ומשמעות הדבר כי זכות כזו חייבת להתקיים כתנאי לכך שתינת הרשאה להבטחתה. "באין "זכות" לאחר, אין מקום להרשאה הניתנת להבטחת "הזכות", כדברי א. ברק בספרו חוק השליחות (מהד' 2, 1996, כרך ב', עמ' 1264; ראה גם ע"א 424/73 מלון סטפניה נ' מקליס, פד"י כח(2) 537, 542; ע"א 404/84 סעתי נ' סעתי, פד"י מא(2) 477, 488; ע"א 247/88 אופקים נסיעות ותיירות בע"מ נ' קליין-קרווא, פד"י מו(3) 409, 412). וכך, יפוי הכח, בדרך כלל, אינו יוצר, הוא עצמו, את הזכות, אלא מהווה מכשיר לביצועה, בהנחה כי הזכות קימת באופן עצמאי ממקור חיצוני ליפוי הכח. אמנם, יתכן מצב בו יפוי הכח, על פי תוכנו, ישלב בתוכו הן את ההתחייבות החוזית של עושה המסמך להקנות זכות לאחר, ובאותה נשימה יסמך את השלוח לבצע את הזכות שניתנה כך בדרך של הרשאה בלתי חוזרת. הדבר תלוי בנוסחו של המסמך ובתכליות ובמטרות שלשמן נערך. אומר פרופ' טדסקי במאמרו "הרשאה בלתי הדירה לביצוע מתנה לאדם שלישי", משפטים י"ט, תשמ"ט, עמ' 205, בעמ' 212, 213:

"ברגיל, מיפוי כח שנתן א ל-ב לביצוע מעשה לטובת ג' לא תיווצר לג' כל זכות כלפי ב' וזאת אף אם תהא ההרשאה בלתי הדירה על סמך סעיף 14(ב) לחוק השליחות... ליצירת זכות כלפי השולח לאדם שיפוי הכח ניתן לטובתו דרוש מקור אחר, חיצוני להרשאה, כלשון האמרה הרווחת בענין זה. אין זאת אומרת כי הבחנה בין שתי העיסקות מבחינה אנליטית פירושה הוא גם הפרדה חומרית ביניהם. בפרשת סעתי, למשל, היה אפשר בהחלט שמסמך אחד יכיל את שתיהן (כהנחת השופטים) ובלבד שתתקיימה המידות הדרושות בהתחייבות למתנת מקרקעין. אם לא התקיימו למעשה, כי אז, לשם הדירותו של יפוי הכח הנדון, היה צורך בחוזה חדש כדין לזיכוי הבן".

(השווה גם ראבילו, המתנה, מהד' 2, עמ' 366 ואילך). כך למשל, בע"א 595/89 צוריאנו ואח' נ' עזבון המנוחה רינה בדיל ואח' (פד"י מו(4) 705) פירש בית המשפט את יפוי הכח הבלתי חוזר שניתן ככולל, בנסיבות אותו ענין, גם את "עיסקת היסוד" של מתנה מבת לאביה, וכך, יפוי הכח שימש בתפקיד כפול: מחד, הוא העיד על גמירת דעת הצדדים לביצוע המתנה והעניק בכך זכויות בדירה לאב, ומאידך, היווה הרשאה לאב לפעול בשם הבת מכח אותו יפוי כח. כדברי השופט ברק באותו ענין (שם, עמ' 709): "תפקיד כפול זה ליפוי הכח אינו נדיר... וכל עוד מבחינים בין הפן השליחותי לבין הפן החוזי, לא תנבע מכך כל תקלה...".

בענייננו, ניסוחו של יפוי הכח (ת4/) טומן בחובו הרשאה לפעולה מצד החייב לאשתו להעביר ללא תמורה ובחלקים שווים את המקרקעין לשבעת ילדיהם. זאת ותו-לא. ככזה, יפוי הכח מהווה הרשאה לפעולה בלבד, והוא משקף "פן שליחותי" בלבד, ואין בו "פן חוזי", היוצר את התחייבות האב ליתן לבנים מתנה ואת

זכותם הנגדית לכך. מכאן, שיפוי הכח, כשהוא לעצמו, אינו מקנה לבנים זכויות כלשהן במקרקעין, ובלעדי הסכם מתנה אין לתביעת הזכויות שלהם על מה שתסמוך.

אמיתות הסכם המתנה מבחינת מועד עריכתו

14. כתב התביעה המקורי וכתב התביעה המתוקן (הראשון) השתיתו את עילת התביעה של הבנים על יפוי הכח הבלתי חוזר בלבד ולא ציינו קיומו של הסכם מתנה כלל. הוא הדין בכתב ההגנה שכנגד לתביעה שכנגד שהוגשה על ידי הנושים. לא כן כתב התביעה המתוקן (השני) מ-1.11.94, אשר איזכר לראשונה את הסכם המתנה כמקור זכויות לבנים (סעיפים 3(א) ו-5- לכתב התביעה המתוקן). כתב תביעה זה הוא העומד ביסוד עילתם המתוקנת של התובעים ובמסגרת עילה זו שומה היה עליהם להוכיח כי אכן נערך הסכם מתנה וכי מועד עריכתו הוא ב-15.7.86, כנקוב בו. למועד האמיתי של עריכת הסכם המתנה חשיבות מיוחדת נוכח טענת הנושים בכתב הגנתם כי מדובר במסמך מזויף במובן זה שנתכוון ליצור מצג כי נערך עוד ב-1986- בעוד, שלאמיתו של דבר, הוא נעשה לצרכי התביעה והתכוון לאפשר לחייב, שנקלע לקשיים כלכליים ניכרים, להבריח בשלב מאוחר את נכסי המקרקעין לבניו. נוכח מחלוקת בסיסית זו, היה מוטל על התובעים לבסס כראוי את הטענה העובדתית הנטענת על ידם כי הסכם המתנה אכן נערך במועד הנקוב בו. שאלה זו הינה חשובה ועשויה לחרוץ את גורל תביעת הבנים משני ההיבטים העיקריים הבאים: האחד - אם מדובר בהסכם מאוחר שנערך בעת ניהול התביעה, הגם שהוא נושא תאריך מוקדם, עשוי הדבר לחזק את החשש, על רקע מכלול נסיבות נוספות, כי עריכתו נועדה לסייע בהברחת המקרקעין מתפיסת הנושים - דבר העלול להכתיים את ההסכם בכתם של אי חוקיות; השני - אם מדובר בהסכם מאוחר שנעשה לקראת סוף 1994, בסמוך לפני הגשת הבקשה השניה לתיקון התביעה, כי אז מדובר בהסכם שנעשה לאחר שהוטלו עיקולי הנושים על המקרקעין. בנסיבות אלה חלה הגבלה על החייב להעביר זכות במקרקעין המעוקלים לבנים. נבחן היבטים אלה לפרטיהם.

15. ב-16.2.92 ניתן נגד החייב פסק בורר שחייבו בתשלום של כ-400,000 ש"ח לנושים בהליך זה וב-6.1.93 רשמו הנושים עיקולים על המקרקעין. בינואר 1995 הוכרז החייב פושט רגל. באם יתברר כי הסכם המתנה נערך באופן אמיתי בפרק הזמן שבין מתן פסק הבורר לבין הכרזת פשיטת הרגל של החייב וכי באמצעותו ביקש החייב להקנות לילדיו את המקרקעין וכי התאריך הרשום בהסכם כמועד עשייתו הינו למראית עין בלבד, כי אז יהא לדבר השלכה ישירה לשאלת תקפותו של ההסכם מבחינת דין החוזים הכללי, בהקשר הבא: סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973- קובע כי חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל. סעיף 439 לחוק העונשין התשל"ז-1977- קובע את ההוראה הבאה:

הונאת נושים

"(א) הנותן במתנה או מוסר או מעביר או משעבד נכס מנכסיו או גורם לאחת מאלה בכוונה להונות נושה מנושיו, דינו - מאסר שלוש שנים.

(ב) המוכר או מסלק חלק מנכסיו אחרי התאריך שבו ניתן נגדו פסק דין או צו לתשלום כסף שלא קיימם, או תוך חודשיים לפני התאריך האמור, והכל בכוונה להונות את נושיו, דינו - מאסר שלוש שנים".

מתן התחייבות להעברת מקרקעין לבנים ללא תמורה בשלב בו מעצימים קשייו הכלכליים של החייב בדרך של הסכם מתנה הנושא תאריך המוקדם למועד עריכתו, עלול להעלות חשד לכוונה להבריח נכסים מהנושים עד כדי הכתמת ההסכם באי חוקיות ועקב כך בבטלות. (לענין אי חוקיות חוזה מתנה המכוון להבריח נכס מנושים ראה ראבילי, המתנה, שם, עמ' 113; ע"א 596/78 יוחאי נ' אברהם, פד"י לד(1) 269).

למועד עריכתו האמיתי של ההסכם חשיבות נוספת: העיקול שהטילו הנושים על המקרקעין קדם להגשת התביעה. אם הסכם המתנה נערך במהלך התביעה, פירושו כי הוא התיימר להעביר לבנים את הקרקע לאחר שהיו רשומים עליה עיקולים לטובת הנושים. אם אכן כך, "תפסו" העיקולים את המקרקעין כשהיו בבעלות החייב ובטרם הועברו בהם זכויות לבנים, ובמצב זה נדחות זכויות הבנים מפני זכויות הנושים, בעלי העיקול. משני ההיבטים האמורים ישנה חשיבות למועד עריכתו של ההסכם המתנה.

הראיות להוכחת מועד עריכתו של ההסכם

16. בית משפט קמא בחן את שאלת אמיתות ההסכם המתנה מבחינת מועד עריכתו והסיק כי גרסת הבנים לפיה ההסכם נעשה במועד הנקוב בו ב- 15.7.86 עדיפה על זו של הנושים בהינתן מאזן ההסתברויות הנקוט במשפט האזרחי, משהיא "סבירה ומתקבלת על הדעת יותר מגרסת הנתבעים", כלשונו. בחינת גרסת הבנים נעשתה על ידי בדיקת תצהירי עדי התובעים והשוואתם עם עדויותיהם בבית המשפט מבחינת עקביותם והתאמתם זה לזה. עדויות מטעם הנושים הנתבעים לא הובאו כלל בשל קביעה שיפוטית - דיונית כי החמיצו את זכותם לכך בשל כשל דיוני מטעמם, והם גם לא הורשו להעמיד את החייב לחקירה ולברר את גרסתו לענין זה. מכאן, שהיו בפני בית המשפט עדויות מטעם עדי הבנים בלבד, בלא גרסה כלשהי של החייב. גרסת התובעים נבחנה ב"בחינה פנימית" בלבד, על ידי בדיקת התצהירים והעדויות מתוכם, בלא לעמתם עם נתונים אובייקטיביים חיצוניים שניצבו כמשקל-נגד לגרסת העדויות. וכך, הגרסה שהובאה על ידי התובעים לא נבחנה

ב"בחינה חיצונית" על דרך עימותה עם קשיים אובייקטיביים שונים שנדרש להתמודד עמם, וקבלתה כך לא עברה את כל המשוכות שניצבו בדרכה.

17. בית משפט של ערעור רק לעיתים רחוקות יתערב בממצאי מהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. יתרונה של ערכאה זו על פני ערכאת הערעור בהערכת העדויות המושמעות בפניה נוכח התרשמותה הבלתי אמצעית מהאופן בו נמסרות העדויות של העדים, מהאווירה האופפת את התנהגות העדים ותגובותיהם, ומאותות האמת המתגלים במהלך המשפט הינו בבחינת מושכל-יסוד (השווה סעיף 53 לפקודת הראיות (נוסח חדש) התשל"א-1971). לאור זאת, ביקורת בית משפט של ערעור על ממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית הינה מצומצמת דרך כלל, ובמיוחד כך באשר לממצאים שנקבעו על יסוד התרשמות ישירה מהעדים. כלל זה נכון הן בתחום האזרחי והן בתחום הפלילי (ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, פד"י לד(3) 393, 436-7; ע"פ 281/82 אבו חצירא נ' מדינת ישראל, פד"י לז(3) 673, 684; ע"פ 804/95 גרינברג נ' מדינת ישראל, פד"י מט(4) 200, 206-7). עם זאת, התנהגותם של העדים ומה שעשו להתפרש כגרסה עקבית וכאותות אמת עלולים לעיתים להטעות ויש להיזהר מכך. כאשר, בצד הגרסה שבראיות, קימים נתונים חיצוניים, אובייקטיביים שהינם רלבנטיים לבחינת אמיתות הגרסה, שומה על בית המשפט, במסגרת קביעת ממצאיו, להתמודד עימם ולבחון את השלכתם והשפעתם על גרסת העדויות. "הבחינה הפנימית" של העדויות ניזונה מהתרשמות מהעדים ומסימני האמת המתגלים במהלך עדותם. "הבחינה החיצונית", נעשית באמצעות העמדת העדויות מול מערך הנתונים האובייקטיבי, וזה תהליך ניתוח הגיוני, הניזון משכל ישר ונסיון חיים. רתיעת בית משפט של ערעור להתערב בממצאים המבוססים על התרשמות מעדים נחלשת כאשר מדובר בהעמדת ממצאים שנקבעו במבחן ביקורת ההגיון באמצעות ניתוח נתונים אובייקטיביים שלא נלקחו בחשבון בתהליך הערכת העדויות. במסגרת בחינה כזו אין לערכאה הדיונית יתרון על פני ערכאת הערעור, ובית משפט של ערעור לא יהסס מלהתערב.

דברים ברוח זו אומר השופט זמיר בע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פד"י נד(4) עמ' 632,

בעמ' 644:

"הרתיעה של בית המשפט הדן בערעור לבחון ממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי בית משפט ששמע את העדויות מוצדקת רק כאשר לערכאה הדיונית נודעת עדיפות בקביעת העובדות על פני ערכאת הערעור. לכן, הרתיעה נחלשת ולעיתים אף נעלמת, כאשר ערכאת הערעור מתבקשת להפוך ממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית לא בדרך של התרשמות מן העדים אלא בדרך של התרשמות מחפץ או מסמך, או בדרך בדיקת העדויות במבחן ההגיון... אלה הם חריגים. להוציא חריגים אלה, צריך טעם מיוחד להתערבות של ערכאת הערעור בעובדות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. צריך שהטעות של הערכאה הדיונית תהיה מהותית ובולטת עד כדי כך שתבטל את

העדיפות המוקנית לערכאה זאת כתוצאה מהתרשמות ישירה מן העדים. כך, לדוגמה, במקרה בו הערכאה הדיונית לא נתנה את דעתה לפרטים המהותיים בחומר הראיות, שיש בהם כדי לשנות את קביעתה, או במקרה בו הגרסה שנתקבלה על ידי הערכאה הדיונית מופרכת על פניה וחסרת הגיון".

על רקע אמות מידה אלה נבחן את ממצאי בית משפט קמא באשר לשאלת אמיתות הסכם המתנה מבחינת מועד עריכתו. בחינה זו תונחה על ידי ההנחה כי, כמקובל בדיון האזרחי, נטל ההוכחה רובץ על התובע ונשען על מאזן הסתברויות, ועליו לצאת ידי חובת נטל זה.

18. מסגרת הנתונים העובדתיים בתיק זה בנויה משני מרכיבים: האחד - נתונים אובייקטיביים בדבר ארועים, פעולות ומועדים שאינם שנויים במחלוקת, העשויים לאצול במישרין על שאלת המועד האמיתי לעריכת הסכם המתנה. השני - העדויות שהובאו מטעם התובעים והגרסה המובאת בהם. בפנינו תעמוד השאלה האם, כאשר מעמתים את מערך הנתונים האובייקטיביים אל מול הגרסה המובאת בעדויות התביעה, עדיין עומדת במבחן קביעת בית משפט קמא בדבר מהימנות גרסת התביעה או שמא יש לסטות ממנה, ומה משמעות יש לכך לגורלה של התביעה, בהינתן נטל ההוכחה המוטל על התובעים להוכיחה.

נתונים אובייקטיביים האוצלים על מועד עריכתו של הסכם המתנה.

19. אלה עיקרי הנתונים האובייקטיביים הרלבנטיים למועד עריכתו של הסכם המתנה:

(א) בנוסחו של יפוי הכח הבלתי חוזר מ-1986 אין כל איזכור של הסכם המתנה אף שתאריכו של ההסכם נחזה להיות כשבועיים קודם ליפוי הכח.

(ב) ביום 1.8.86 חתם החייב על יפוי הכח הבלתי חוזר בפני עורך דין ברק. בתצהירו של עו"ד ברק מיום 9.1.95 ובעדותו בבית המשפט אין כל איזכור או התייחסות לקיומו של הסכם מתנה שהוצג בפניו במועד כלשהו.

(ג) לאחר חתימתו של יפוי הכח הבלתי חוזר ב-1986 לא נעשתה כל פעולה על פי יפוי הכח להעברת המקרקעין לשמם של הבנים, והוא מעולם לא הופעל.

(ד) ביום 16.2.92 ניתן פסק הבוררות מכוחו חוייב החייב לשלם לנושים חוב כספי ניכר.

(ה) רק ביום 20.5.92, כשלושה חודשים לאחר מתן פסק הבוררות, רשמו הבנים לראשונה הערות אזהרה על חלק מהמקרקעין. זו הפעולה המשפטית הראשונה שנעשתה מטעם מאן-דהוא ביחס למקרקעין מאז נחתם יפוי הכח ב-1986. אין כל סימן לכך כי במסגרת רישום הערות האזהרה במירשם המקרקעין הוצג בפני רשויות המירשם הסכם מתנה.

(ו) בעקבות אישור פסק הבוררות בבית המשפט ביום 22.11.92, רשמו הנושים ב-6.1.93 עיקולים על המקרקעין. בעקבות זאת הגישו הבנים ביום 30.8.93 את תביעתם המקורית להצהרה על זכותם במקרקעין.

(ז) כתב התביעה המקורי מסתמך לצורך ביסוס זכות הבנים לסעד על יפוי הכח הבלתי חוזר, ועליו בלבד. אין בו רמז לקיומו של הסכם מתנה. בסעיף 3 לכתב התביעה נאמר כי ב- 1.8.86 העביר החייב לבנים את הזכויות במקרקעין מכח יפוי כח בלתי חוזר ומאז עריכת יפוי הכח הפכו הבנים להיות בעלי הזכויות בהם. גם בכתב ההגנה לתביעה שכנגד שהוגשה על ידי הנושים מרלנדר מסתמכים הבנים על יפוי הכח בלבד ואין איזכור לקיומו של הסכם מתנה. זאת, חרף העובדה כי הנושים בכתב התביעה שכנגד שהגישו טוענים במפורש כי יפוי הכח, כשלעצמו, אינו יכול להוות מקור לזכותם במקרקעין (סעיף 11 לכתב התביעה שכנגד). ביום 7.12.93 הגישו הבנים כתב תביעה מתוקן (ראשון) וגם בו לא הזכירו קיומו של הסכם המתנה. בתגובה לכתב תביעה זה הגישו הנושים לוי כתב הגנה ובו טענו, בין היתר, כי הזכות במקרקעין לא עברה לבנים מאחר שזכות כזו ניתן להעביר רק באמצעות הסכם בכתב ולא על פי יפוי כח אשר הינו, לכל היותר, כלי להעברת הזכות. בעקבות טענה זו, הגישו הבנים ביום 7.4.94 בקשה נוספת לתיקון התביעה, והפעם לצורך צירופו של הסכם מתנה, וצרפו את נוסחו לבקשה. הטעם שניתן לבקשת תיקון מאוחרת זו על ידי אחד הבנים - מחמוד חיג'אזי - היה כי גילה את ההסכם באיחור ולא ייחס לו חשיבות גדולה משנתן את מלוא המשקל ליפוי הכח הנטריוני. (סעיף 3 לתצהירו מיום 30.3.94). התיקון הותר וההסכם צורף לכתב תביעה מתוקן שהוגש ביום 1.11.94. עולה באופן טבעי השאלה כיצד יתכן שנוסח הסכם מתנה לא נמצא ברשות החייב עצמו, אשר היה אחראי לעריכתו ולא נקט עמדה נוגדת לזו של בניו בתביעה?

(ח) ביום 2.2.94 נתקבלה לראשונה ברשויות מס שבח הצהרת החייב והבנים על עסקת המקרקעין ללא תמורה ביניהם. גם בהצהרה זו לא צויין קיומו של הסכם מתנה ומועדו. עם זאת, צויין קיומו של יפוי כח בלתי חוזר בלבד.

(ט) ביום 18.1.95 הוכרז החייב פושט רגל, בעוד הליך התביעה בענייננו תלוי ועומד.

(י) החייב לא התנגד לתביעת הבנים ולא הגיש מצידו כתב הגנה. יתר על כן: הבנים כתובעים לא הציגו את גרסתו העובדתית לגבי הסכם המתנה, וכאשר בקשו הנושים להעמידו לחקירה על ענין זה, סירב החייב להעיד, ובית משפט קמא כיבד את סירובו. יוצא, אפוא, כי גרסתו שלו לגבי נסיבות עריכתו של הסכם המתנה לא הובאה בפני בית המשפט. גם גרסת אשת החייב, שאמורה היתה לפעול על פי יפוי הכח, לא הובאה, אף שעשוי להיות כי עדותה, גם היא, עשויה היתה לשפוך אור על מהלך הארועים.

20. מקבץ נתונים זה מעלה שאלות נוקבות באשר לאמיתות המועד הנטען על ידי הבנים לעריכת הסכם המתנה. הוא מעלה את השאלה מדוע, אם היה הסכם בנמצא, אין הוא מוצא כל ביטוי ביפוי כח הבלתי חוזר או נכלל בין המסמכים שהוגשו לעו"ד ברק במסגרת הכנתו, ותוויקו בתיקו; ומדוע החייב, האחראי לעריכת ההסכם, לא הציגו מיד בפתח ההליכים כמסמך שנמצא בכליו לאורך השנים? מדוע חלפו 6 שנים מאז נעשה יפוי הכח ועד שהבנים רשמו לראשונה הערות אזהרה, וזאת לראשונה רק לאחר שנתי פסק הבוררות שקבע את חיובו של החייב לנושים; מדוע בכתב התביעה המקורי והמתוקן (הראשון) לא נזכר כלל קיומו של הסכם מתנה, אף כי כבר אז נטען על ידי הנושים בהגנתם כי אין די בקיום יפוי כח בלתי חוזר לצורך יצירת זכויות הבנים לקרקע, ומדוע רק לראשונה באפריל 94 צורף נוסח הסכם בנימוק שעד אותה עת חשיבות קיומו לא הוכרה; ומדוע רק בתחילת 94 הודיעו הבנים והחייב לרשויות מס שבח על העסקה וגם אז בלא לציין קיומו של הסכם מתנה אלא תוך איזכור יפוי הכח בלבד, וכל זאת כאשר רק מספר חודשים לאחר מכן הוכרז החייב פושט רגל; ומעבר לכל אלה: החייב לא התגונן בתביעה ולא מסר כל גרסה, התובעים לא הזמינו אותו לעדות וכאשר נתבקש להעיד על ידי הנושים סירב לכך וסירובו כובד, כך שעמדתו בשאלות אלה לא הוצגה כלל.

21. המשקל המצטבר של הנתונים האובייקטיביים שפורטו - שאינם מצויים במחלוקת - יוצר, כשלעצמו, הסתברות גבוהה כי בשעתו, ב-1986 - הכין החייב יפוי כח בלתי חוזר להעברת המקרקעין לבניו אולם יפוי כח זה לא לווה בהסכם מתנה כלשהו שכן לא היתה כונה להשתמש בו אותה עת אלא לשומרו ולהשתמש בו בעתיד אם וכאשר העת תימצא מתאימה לכך. הוא הונח כאבן שאין לה הופכין במשך שנים רבות, אולי כמכשיר שנועד להבטיח קיום אמצעי יעיל להרחקת המקרקעין מתפיסת הנושים, אם וכאשר צרכי עסקיו של החייב יגיעו למהלך כזה. רק בשנת 1992, לאחר מתן פסק הבוררות שסימן הידרדרות במצבו הכלכלי של החייב, החלו פעולות ראשונות למימוש זכויות הבנים בקרקע אולם גם אז לא הועברה הקרקע אליהם באופן ישיר - אף כי לא היתה מניעה לעשות כן, אלא נרשמו הערות אזהרה על חלק מהמקרקעין בלבד, אולי תוך תקוות החייב כי יצליח להתאושש כלכלית ולמנוע העברה מלאה של הקרקע מידי לבנים. רק כאשר הוטלו עיקולים של הנושים, וכאשר הליכי פשיטת הרגל היו בפתח, שוב לא נמצא מנוס מעשיית פעולה של ממש להעברת המקרקעין לבנים כדי

להרחיקם מהנושים ולהצהרת העיסקה בפני רשויות מס שבח. צירוף עובדות ונסיבות זה מעלה אפשרות כי הסכם המתנה נערך בשלב מאוחר מאד, במהלך ניהול התביעה ולצרכיה, אף שהתאריך שננקב בו מייחסו לשנת 1986, למועד שקדם בשבועיים לתאריך עריכת יפוי הכח. אפשרות כזו, אילו הוכחה, עשויה היתה להצביע על כוונה מצד הבנים והחייב לממש את המתנה בשלב שבו יש משמעות להרחקת הקרקע מהישג ידם של נושי החייב לאחר שאלה קבלו לזכותם פסקים חלוטים המטילים על החייב חביונות כספיות ניכרות. הוכחת נסיבות אלה היתה עשויה, מצד אחד, לחשוף את הסכם המתנה לטענת אי חוקיות ובטלות בהינתן נסיבות כריתתו ומטרתו של ההסכם להבריא נכסים מידי הנושים. מצד שני, היא עשויה להעלות שאלה האם הסכם המתנה המקנה זכות לבנים לא נערך לאחר שעיקולי הנושים על הקרקע כבר הוטלו, וכאשר יכולתו המשפטית של החייב להעביר אז את רכושו לבניו היתה מוגבלת נוכח העיקולים. מכלול התמיהות האמורות חייבו הסבר מצד הבנים והחייב והנחת תשתית ראייתית מוצקה לביסוס המצג כי הסכם המתנה אכן נקשר במועד שצוין בו ב-15.7.86, קודם לעריכת יפוי הכח.

נטל הראייה

22. נטל השכנוע כי הבנים ראויים לסעד הצהרתי על זכותם למקרקעין מוטל עליהם. הם ביססו בכתב התביעה המתוקן (השני) את עילת תביעתם על קיומו של הסכם מתנה שנערך ביולי 1986. בכתבי ההגנה ובתביעה שכנגד עלתה טענה נגדית עיקבית מטעם הנושים כי הסכם המתנה נערך במועד מאוחר בעת שהתביעה היתה תלויה ועומדת ולמטרת הברחת המקרקעין מהנושים. נושא מועד עריכתו של ההסכם היה נידן עיקרי שנוי במחלוקת. לאור זאת, בהינתן מכלול הנסיבות האובייקטיביות שפורטו לעיל, רבץ על הבנים הנטל להסביר ולהוכיח את גרסתם כי מקור זכותם אכן נובע מהסכם ישן שנערך שנים רבות לפני תחילת ההליך המשפטי, ולתרץ את העובדה כי דוקא בעת שהחייב נקלע לקשיים כלכליים ניכרים החליטו הוא ובניו לממש את ההתחייבות למתנה, כאשר המסמך המהותי המשקף את ההתחייבות לא היווה חלק מעילת התביעה המקורית, ולא הומצא עד לשלב מתקדם בהליך המשפטי. באמצעות מערך הנתונים האובייקטיביים שפורטו, נוצרה מעין חזקה שבעובדה, בבחינת ראייה נסיבתית חזקה, כי ההתחייבות למתנה נוצרה בשלב מאוחר במהלך ההתדיינות המשפטית, וכי הדבר נעשה כדי להרחיק את המקרקעין מתפיסת הנושים ולהתגבר על העיקולים שהוטלו. על התובעים הנטל להראות שאין בכוחה של ראייה נסיבתית זו להטות את מאזן ההסתברות לטובת גרסת הנתבעים אף שלא הובאו ראיות מטעמם. האם עמדו בנטל השכנוע וההסבר?

משקל העדויות וממצאי המהימנות

23. חרף חובת ההוכחה שרבעה על הבנים, הם נמנעו מלעשות את הצעד העיקרי וההכרחי לצורך עמידה בנטל והוא - להביא מטעמם את גרסת החייב לצורך הצגת גרסה מפורטת מטעמו לגבי התרחשות

הארועים ומתן הסברים לשורה הארוכה של התמיהות שעלו, אשר הוא הגורם העיקרי שיכול וצריך להסביר. יתירה מזו: כאשר בקשו הנושים להעידו, סירב החייב להעיד וסירובו כובד. אין מקום וצורך להיכנס לשאלה אם צדק בית משפט קמא בסירובו להתיר את העדת החייב על ידי הנושים, אולם אין בכך כדי לגרוע מן העובדה כי העדתו היתה חיונית ומהותית דוקא לביסוס עילת התביעה של הבנים עצמם, ומשאלה לא עמדו על העדתו, נוצר חסר ניכר בתשתית הראייתית שהם עצמם הציגו - תשתית שאמורה היתה לבסס את זכותם לסעד.

24. העדות היחידה מגורם אובייקטיבי, שאינו נוגע בדבר, שהובאה על ידי הבנים היתה זו של עו"ד פרץ ברק, אשר הכין עבור החייב את יפוי הכח הבלתי חוזר ב-1986. עורך הדין אישר בתצהיר כי 1.8.86 - אכן ערך יפוי כח כזה ואימת את חתימת החייב עליו, אולם אין בתצהירו כל התייחסות לקיומו של הסכם מתנה. תצהירו של עו"ד פרץ נחתם לאחר שנתבקש תיקון התביעה לצורך צירוף הסכם המתנה, והוא היה מודע, כך יש להניח, לטענות הנושים כי הסכם זה הוכן לצורך התביעה וכי התאריך שהוא נושא אינו אמיתי. חרף זאת, עו"ד ברק לא התייחס לטענה זו בהצגת העובדות הידועות לו, ובתצהירו לא ציין מילה וחצי מילה על דבר קיומו של הסכם מתנה. סביר להניח שאילו היה קיים הסכם מתנה בעת עשיית יפוי הכח הוא היה מוצג בפני עורך הדין והעתק ממנו היה נכלל בתיק מסמכיו, ואפשר שאף היה מוצא את איזכורו בגוף יפוי הכח הבלתי חוזר.

25. פרט לעדות עורך הדין, ובהעדר עדות החייב, הובאו שלוש עדויות של עדי תביעה נוספים שכולם נוגעים בדבר, בהיותם קשורים למשפחת החייב בדרך זו או אחרת. העד נאפע דיב נאפע - "המואזין" - הצהיר בתצהירו כי החייב ביקש ממנו לערוך הסכם מתנה והוא ערך אותו ב- 15.7.86 בנוכחות כל הבנים ואחי החייב סאלח חג'אזי. המואזין העיד כי הוא נוהג לערוך הסכמים כאלה בין אנשים (עמ' 8) אולם באורח תמוה לא ציין בעדותו פרט חשוב לפיו הוא קרוב למשפחת החייב בכך כי בנו נשוי לבתו של החייב (עדות מחמוד חג'זי בעמ' 29). העיד גם סאלח חג'אזי, אחיו של החייב, כי היה גם הוא עד לעריכת ההסכם והחתימה עליו. הוא העיד כי ההסכם נעשה בשנות השמונים אך לא זכר את תאריכו המדויק (עמ' 10-11), אף שבתצהירו, שככל הנראה נוסח עבורו, נזכר תאריך 15.7.86 כתאריך ההסכם. אחרון העיד מחמוד חג'זי, בנו של החייב, אשר חזר על הגרסה לפיה עריכת ההסכם נעשתה ביולי 86, אולם במסגרת חקירתו נשאל איך הוא מסביר שבכתב התביעה המקורי לא נזכר קיומו של הסכם המתנה, והוא עונה (עמ' 28):

"לשאלתך איך אני מסביר שבכתב התביעה המקורי לא צויין בכלל החו"ה (הסכם המתנה) וענין הישיבה עם האחים והאחיות ב- 15.7.97 (כך) ואתה אומר לי שזה עלה אחרי שהוגש כתב ההגנה אני עונה: אני לא זוכר ואין לי הסבר. זה משנת 88 כל הזמן אני זוכר הענין הזה. זה לשאלתך ממתי אני זוכר את זה".

מאוחר יותר הוא מעיד (עמ' 28-29):

"אני הלכתי לטאבו ואני רשמתי הערות אזהרה בטאבו, לא זוכר מה צרפתי לבקשת הערת האזהרה. מה שהיה צריך צרפתי. היה לי עו"ד עבדאללה והוא אמר לי מה לעשות ונסעתי עם הניירות לשם. אני לא זוכר מה היו המסמכים. זה לשאלתך שאם נכון שעו"ד עבדאללה אמר לי לצרף את יפוי הכח מאחר שהחוג'ה לא היתה. ואם אתה אומר לי שהחוג'ה לא היתה קיימת וכן לא צורפה לבקשת הערת האזהרה אני עונה: לא זוכר". (הדגשות שלי - א.פ.).

בשלב מאוחר יותר הוא מעיד כי ההסכם נעשה בבית 86- אך מוסיף:

"אינני זוכר מתי ראיתי את המסמך בפעם הראשונה אחרי 86 ... אחרי שנת 86 לא ראיתי את המסמך ת2/ בבית אצלנו. אני לא זוכר. לא זוכר מתי ראיתי את המסמך בפעם הראשונה אחר כך."

כן העיד (עמ' 31) כי אינו זוכר מדוע מ-86 ועד 2.2.94 לא דווחה העיסקה לרשויות מס-שבח. אותו עד עצמו הצהיר בבקשה לתיקון כתב תביעה לצורך הגשת ההסכם כי הוא גילה את ההסכם, אשר לתומו סבר שאין לו חשיבות כאשר הוגשה התביעה (ראה תצהירו מיום 30.3.94 ובהמרצה 394/93). הוא לא הסביר מדוע החייב נמנע מלהמציא את הסכם המתנה, שסביר כי ימצא ברשותו, בד בבד עם הגשת התביעה. עד כאן לעדויות שהובאו.

26. בראיות אלה שהובאו על ידי התובעים לא היה די כדי להרים את נטל הראייה שרוב עליהם להוכיח את מקור זכותם למקרקעין. בתוכן העדויות גופן אין משום הסבר ותשובה לכל אותן שאלות העולות ממקבץ הנתונים האובייקטיביים המעלים סימני שאלה גדולים באשר לקיומו של הסכם מתנה כבר ב-1986. יתר על כן, בניתוח העדויות וקביעת ממצאי המהימנות של העדים על ידי בית משפט קמא לא ניכרה התמודדות כלשהי עם אותם נתונים אובייקטיביים אשר מן הדין היה לעמתם עם תוכן העדויות ורק על רקע עימות כזה להכריע בדבר מידת האימון שיש לייחס לגירסתם. בית המשפט בחן את העדויות בחינה פנימית בהתייחסו לעדויות כשהן עומדות לעצמן, ולא בחן אותן בחינה חיצונית ביחס לאותם קשיים אובייקטיביים שפורטו לעיל, ובכלל זה לאור העדות היחידה שהובאה מטעם גורם שאינו קשור למשפחה - עו"ד פרץ - אשר שתיקתו בדבר קיומו של הסכם מתנה הינה "רועמת" בנסיבות הענין. וכך, חסר בקביעת הממצאים העובדתיים בענין זה אותו איזון הנדרש בין ממצאי ההתרשמות מהעדים שלא לוו בסימני אמת מיוחדים שניתן להאחז בהם, לבין ממצאי ההסתברות שסיודם בהגיון. (השווה ע"א 734/76 פלוני נ' אלמונים, פד"י (2) 661, 663-5).

27. בנסיבות אלה, המסקנה המתבקשת היא כי הראיות שהובאו על ידי התובעים אינן עוברות את הרף הנדרש לצורך התמודדות עם הסתברות אפשרית שנוצרה בעקבות מערך הנתונים האובייקטיבי כי הסכם המתנה נוצר בשלב מאוחר במהלך ההתדיינות המשפטית ועם החזקה העובדתית, שלא נשללה בודאות הנדרשת, כי הדבר נעשה על מנת לאפשר את הרחקת המקרקעין מתפיסת הנושים, כאשר הדרדרותו הכלכלית של החייב בפתח. מקרה זה נופל לגדר המקרים היוצאים מן הכלל בהם תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, משבתהליך קביעתם לא נבחנה תמונת הנתונים בשלמותה.

28. סיכומם של דברים: גם בלא שהנתבעים הביאו ראיות מטעמם, מכלול הנתונים העובדתיים האובייקטיביים שפורטו בהצטרבותם, מעלה ספק של ממש בדבר אמיתותה של הטענה כי הסכם מתנה נערך אכן עוד בשנת 1986. עולה אפשרות מסתברת כי ההסכם נעשה במהלך התביעה בסמוך לפני הגשת הבקשה השנייה לתקון כתב התביעה ב- 7.4.94. העדויות שהובאו מטעם הבנים אינן מספקות הסבר לקשיים שעלו ואינן מטות את הכף לטובת מאזן הסתברות התומך בגרסתם. בנסיבות אלה, מתבקשת המסקנה כי הבנים לא עמדו בנטל ההוכחה המוטל עליהם להוכיח קיומו של מקור זכות לגיטימי עליו הם יכולים להשעין את תביעתם לזכות במקרקעין.

29. הדיון עד כה מעוגן בהיבט הראייתי והדיוני ועניינו בשאלה האם הוכיחו הבנים באורח העונה על מאזן ההסתברות הנדרש בדיון האזרחי כי נתונה להם זכות אכיפה מכח הסכם המתנה להירשם כבעלי המקרקעין. דעתי היא כי יש להשיב לשאלה זו בשלילה. ניתן היה על יסוד קביעה זו לקבל את הערעור כבר בשלב זה, אולם נוכח חשיבות הדברים אתייחס גם לטענות מהותיות שעלו לגופם של דברים, אשר בסופן מצדיקות גם הן את קבלתו של הערעור. הדיון במישור המהותי ייעשה על בסיס ההנחה הנטענת על ידי הבנים כי הסכם המתנה נערך ביולי 1986, כשבועיים לפני עריכת יפוי הכח הבלתי חוזר.

הצורך באישור עסקאות עם קטינים

30. נטען על ידי הנושים כי הסכם המתנה וכל שנעשה מכוחו אינו תקף בהינתן העובדה כי בהנחה שנעשה ב-1986- היו אז חלק מהבנים קטינים ולא ניתן לעיסקה עמם אישור בית המשפט כנדרש על פי סעיף 20(2) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן - "חוק הכשרות המשפטית"). משכך, אין מקור זכות תקף מבחינה זו שמכוחו יכולים הבנים לתבוע סעד. סעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית קובע:

פעולות הטעונות אישור בית המשפט

"אלה הפעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שבית המשפט אישרן מראש:

- (1) העברה, שעבוד, חלוקה, או חיסול של יחידה מישקית בחקלאות, בתעשיה, במלאכה או במסחר או של דירה;
- (2) פעולה שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק;
- (3) נתינת מתנות, זולת מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות הענין;
- (4) נתינת ערבות;
- (5) פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו זולת קבלת מתנות הניתנות לקטין."

שאלה היא האם הסייג שבסעיף קטן (5), המוציא מתן מתנות לקטין על ידי הוריו מחובת אישור בית המשפט, מתרחב על פני כל סוגי המתנות או שהוא כפוף להוראות סעיף קטן (2) המחייב אישור בית משפט לגבי פעולה שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק. אם כך הוא, כי אז משמעות הדבר היא כי תנאי לתוקפה של מתנת מקרקעין מהורה לילדו כי ינתן אישור בית המשפט לכך, וזאת מאחר שההקנייה מותנית ברישום במירשם המקרקעין.

החריג לצורך באישור בית המשפט האמור בסק' (5) מקורו בהנחה כי אין ניגוד אינטרסים בין הורים לילדים בפעולה של מתן מתנה לקטין שכולה מתן טובת הנאה. שאלה היא אם ישנה הצדקה, בין בנוסחו של סעיף 20 ובין במטרות העומדות ביסודו, לחייב אישור בית המשפט לגבי מתנה המחייבת פעולת רישום לצורך הקנייתה. בספרו חוק הכשרות המשפטיות והאפוטרופוסות (מהד' שניה, 1995, עמ' 124) מביע פרופ' אנגלרד דעה לפיה מתנת הורה לקטין, המחייבת רישום בפנקס, מצריכה אישור בית המשפט. קשה לראות פרשנות זו כנובעת באורח מתחייב מנוסחו של סעיף 20 או מתכליתו. במרבית המקרים, מתנות הורים לילדיהם הן בגדר זכייה מוחלטת וסביר להניח כי במערכת יחסים כזו תכלית המתנות היא אך להיטיב עם הילדים ולזכותם. אם פטורות מתנות הורים לילדיהם מאישור בית משפט כאשר מדובר בהקניות שאינן מחייבות רישום בפנקס - ובכלל זה העברות כספים ומטלטלין בערכים משמעותיים - קשה לראות מדוע דוקא הקניית נכס במתנה, המחייבת רישום בפנקס, תהווה חריג לכך ותצריך אישור בית המשפט מראש. נכון הוא כי מתנה עשויה להיות מותנית בתנאי או להטיל על המקבל לעשות מעשה (השווה סעיף 4 לחוק המתנה, התשכ"ח 1968). ניתן לשער קיומה של טענה כי נדרש אישור בית משפט לעסקאות מתנה החייבות רישום כדי להגן על קטין מפני מתנה שסופה הכבדה. חשש זה נראה מרוחק, משחזקה על הורים, כדרכו של עולם, כי ישפיעו על ילדיהם רוב טובה ולא נטל והכבדה. מכאן, ספק אם דרישת אישור בית המשפט בנסיבות אלה יש לה מקום ואם אמנם היה בכוונת החוק לקבוע אותה. (לביקורת על הצורך באישור בית המשפט מקום שמדובר בעיסקה שכולה לטובת הקטין,

ראה פרופ' נילי כהן, חוזתה של קטינה לרכישת דירה מול נושה של המוכר, הפרקליט מא', 5-1994, עמ' 161, בעמ' 171). פרופ' אנגלרד עצמו ער לקושי בפרשנות שהוא עצמו מציע, באומרו (שם, עמ' 124):

"התוצאה הפרדוקסלית מעט עשויה להיות כי נפקותה המעשית של הדרישה של אישור בית המשפט אינה הגנה על האינטרסים של הקטין - שלגביו המתנה היא כולה זכייה - אלא הגנה על הנושה של נותן המתנה."

אכן, החשש מפרשנות המחייבת אישור בית משפט לגבי מתנת הורים לקטין שעניינה נכס הטעון רישום בפנקס, סופה כי היא עלולה לעמוד לרועץ לקטין, בנותנה אמצעי בידי נושה של ההורה לטעון, בבוא העת, להעדר תוקפה של המתנה אם לא ניתן לה אישור בית המשפט מראש. אכן, על פי ההלכה הפסוקה, אם וכאשר נדרש אישור כאמור, הוא מתחייב לא רק לגבי ההקנייה גופה, קרי: הרישום בפנקס, אלא גם לגבי ההתחייבות האובליגטורית שקדמה לו (ד"נ 17/75 נחול נ' לוי, פד"י ל(2) 113; ע"א 112/79 שרף נ' אבער, פד"י לד(3) 178).

גם אם לא תיקבע בהקשר זה עמדה סופית בשאלה האמורה, עיסקת המתנה תקפה לגבי כל הבנים וזאת מן הטעם הבא:

בצדק, לדעתי, קבע בית משפט קמא כי בהנחה שהיה קיים הסכם מתנה בין החייב לבניו בעוד חלקם קטינים, הרי שהתחייבות זו אומצה על ידם בהיותם בגירים בדרך של התנהגות, ודבר זה מיתר את הצורך באישור בית המשפט לעיסקה, גם אילו ברור היה שיש צורך בכך. לשם כך דרושה גמירת דעת של הקטין שבגר להסכים לקבל את ההתחייבות למתנה שנעשתה למענו, בהנחה שהתחייבות זו עדיין שרירה וקימת ולא בוטלה בינתיים. ה"קיבול יכול שיעשה על ידי מעשה ולעיתים אף שתיקה יכול שתהווה קיבול. אך בכל מקרה, תנאי הוא כי התנהגותו של הניצע תעיד על גמירת דעתו להתקשר בחוזת" (דברי השופט ברק בפרשת שרף, שם, עמ' 188). שאלה היא אם בענייננו בטאו הבנים, לאחר שבגרו, הסכמה שבהתנהגות לקבל את המתנה נשוא הסכם המתנה. בפעולות הבאות מטעם הבנים ניתן לראות התנהגות המביעה הסכמה כאמור:

(1) רישום הערות אזהרה ביום 20.5.92. בעת זו היו הבנים בגירים חוץ מבן אחד, מוחמד, שנולד בדצמבר 1974.

(2) ב- 21.6.93 בעת שכל הבנים בגרו, הם חתמו על הצהרות למס שבח בדבר עיסקת המתנה.

(3) ביום 30.8.93, בעת שכולם בגרו, הגישו הבנים את התביעה לצורך אכיפת זכויותיהם לקרקע מכח התחייבות החייב ויפוי הכח הבלתי חוזר.

פעולות אלה משקפות הסכמה שבהתנהגות מצד הבנים לאמץ את הסכם המתנה ולפעול על פיו. אלא שהעיקולים של הנושים הוטלו ב- 6.1.93, בטרם חתמו כל הבנים על הצהרות מס שבח, ולכן השאלה היא האם ניתן לראות את העיסקה כאילו אושרה על ידם בטרם הוטלו העיקולים, או האם הפעולות שנעשו על ידם לאחר הטלת העיקולים יכולות להוות אימוץ עיסקת המתנה בדיעבד. הדעה שהובעה בפסיקה היא כי אישור בית המשפט או, לחלופין, "קיבולה" של העיסקה הטעונה אישור על ידי קטין שהתבגר, פועלים לשכלולה של העיסקה רק מכאן ואילך ולא למפרע. (ראה בענין זה דברי הנשיא אגרנט ד"נ 17/75 נחול נ' לוי, פד"י (2) 113, 123; אך ראה דברי השופט ברק בענין שרף (שם, עמ' 192) המשאיר את שאלת תחולת תוקפה של העיסקה בצריך עיון). נוכח דרישת סעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית כי אישור בית המשפט ינתן מראש ובלעדיו אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין, ומאחר שאימוץ העיסקה על ידי הקטין שבגר נועד לשמש תחליף לאישור כזה, נניח לצורך הענין כי אימוץ זה יפעל לשכלול העיסקה מכאן ואילך. לאור זאת, ניתן לומר בענייננו כי עיסקת המתנה אומצה לראשונה על ידי הבנים במאי 1992 וזאת באמצעות רישום הערות האזהרה לפני הטלת העיקולים על ידי הנושים ובכך נשתכללה העיסקה מבחינתם קודם למועד הקובע. אשר למוחמד, שהיה קטין בעת רישום הערות האזהרה, ניתן לומר: בעת רישום ההערות חסרו לו 7 חודשים לבגרות. ובדצמבר 92, כאשר בגר, קודם לרישום העיקולים, לא נקט כל פעולה שיש בה כדי לסתור את הסכמתו למתנה, ובהתנהגותו אימץ אותה. חיזוק לאימוץ זה ניתן למצוא בפעולתו המאוחרת יותר לאחר רישום העיקולים, בחתימה על הצהרת מס שבח ובהצטרפותו לתובענה להצהרת זכויות הבנים במקרקעין, בבחינת מאוחר המלמד על המוקדם. לאור זאת ניתן לראות את העיסקה - שכולה זכייה וקבלת טובת הנאה - כאילו נתאשרה גם על ידי מוחמד בהתנהגותו בטרם הוטלו עיקולי הנושים על הקרקע. מכאן, ניתן לראות בהתנהגות הבנים בעת שבגרו משום אימוץ הסכם המתנה שנעשה לטובתם.

31. לאחר שנמצא כי העסקה תקפה מבחינת חוק הכשרות המשפטית לגבי כל הבנים, נותר לדון בסוגיית יחסי הבכורה והעדיפות בין זכותם של הבנים כנהנים מכח הסכם המתנה שלא הושלם ברישום לבין זכויות נושי החייב שהטילו עיקול על המקרקעין לאחר רישום הערות אזהרה על חלק מהמקרקעין על ידי הבנים, ונוכח העובדה כי בשלב מסוים בהליך הדיוני בבית משפט קמא נמחקו הערות אלה ורישומן לא חודש.

תקפות הערות האזהרה

32. סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין קובע כי אם נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל

המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכוש, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה, ובלבד שטענה לביטול העסקה מחמת פשיטת רגל או הפירוק, שהיתה עומדת אילו בוצעה העיסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה.

הבנים רשמו הערות אזהרה על חלק מהמקרקעין במאי 1992, קודם שנרשם עיקול על המקרקעין על ידי הנושים, מספר חודשים לאחר מכן, ביום 6.1.93. אלא שביום 14.11.94, בעקבות מתן פסק הדין נגד הבנים במעמד צד אחד, נמחקו הערות האזהרה ונותר רישום העיקול לטובת הנושים. לאחר מכן נתקבלה בקשתם לבטל את פסק הדין שניתן נגדם וההליך נמשך לגופו, אלא שהערות האזהרה מעולם לא נרשמו שנית על ידי הבנים. סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין קובע את עדיפותה של הערת האזהרה על פני עיקול שהוטל מאוחר יותר "כל עוד לא נמחקה ההערה" כלשון החוק. בענייננו, נמחקו ההערות ורישומן לא חודש, והעיקול לטובת הנושים נותר רשום בלא שנרשמו כנגדו הערות אזהרה. בית משפט קמא הניח, קונסטרוקטיבית, כי מאחר שההערות נמחקו על סמך פסק דין שלאחר מכן בוטל, מן הצדק להניח קיומו של מצב שהיה קיים לפני מתן פסק הדין במעמד צד אחד, והוא בנה את קו הנמקתו על בסיס ההנחה כי קיימות הערות אזהרה שקדמו לרישום העיקולים, אף כי אלה נמחקו ומעולם לא נרשמו שוב. אשר לחלקות שלגביהן לא נרשמו מעולם הערות אזהרה נקבע כי אי הרישום אינו פוגע בזכויות התובעים, זאת מאחר ש"חוסר רישום הערות אזהרה על חלקות נוספות אלה נבע משכחה או מאי תשומת לב", כלשון בית המשפט. הוא הניח, לצורך הענין, שוב "קונסטרוקטיבית", כי נרשמו הערות אזהרה על המקרקעין כולם לפני רישום העיקולים, ועל יסוד כך קבע כי עדיפה זכות הבנים על כל המקרקעין מכח הערות אזהרה "קונסטרוקטיביות" כאמור על זו של הנושים מכח צווי העיקול.

לא אוכל להסכים לקביעה זו. לא ניתן להניח קיומן של הערות אזהרה באורח קונסטרוקטיבי כאשר בפועל, במציאות, אין הערות רשומות במירשם. כך הוא לגבי ההערות שנמחקו וכך הוא לגבי ההערות שמעולם לא נרשמו על החלק הנותר מחלקות המקרקעין. מכאן, שלא ניתן להחיל על ענייננו את הוראות העדיפות הניתנות לבעלי הערות אזהרה רשומות מכח סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, באין הערות אזהרה כאלה הרשומות בפועל. עם זאת, בדיון בשאלת התחרות בין הבנים כנהנים מכח הסכם המתנה לעומת נושי החייב בעלי העיקול, יש להתחשב בעובדה כי בעת שהוטלו העיקולים ידעו הנושים על קיומן של הערות אזהרה לטובת הבנים שהיו רשומות אותה עת לגבי חלק מהחלקות, אף שהערות אלה בוטלו לאחר מכן. לידיעה זו עשוי להיות משקל בסוגיית התחרות בין זכויות הבנים לזכויות נושי החייב לצורך קביעת העדיפות שיש לתת למי מהם בהתמודדות על הבכורה לגבי המקרקעין.

זכויות הבנים מכח הסכם המתנה מול זכויות נושי החייב בעלי העיקול

33. בהנחה כי הסכם המתנה נעשה ב-1986, עולה השאלה זכותו של מי עדיפה ביחס למקרקעין - זכות הבנים מכח ההסכם, בהיתן העובדה כי המקרקעין לא נרשמו על שמם, או זכות נושי החייב מכח עיקולים שהטילו על המקרקעין בעקבות פסק הבוררות שניתן לזכותם.

הילכת ע"א 189/95 בנק אוצר החיל נ' אהרונב (פד"י נג(4) 199) משמשת נקודת מוצא לבחינת שאלה זו. באותו ענין נקבע כי כאשר מוכר מתחייב להקנות בעלות במקרקעין לקונה, וזכות הקונה טרם נרשמה, משתכללת אצל הקונה זכות "מעין קניינית" שבכוחה לפעול גם כלפי צדדים שלישיים, באופן שנשלל מנושה של המוכר הכח לממש את זכותו כלפי המוכר באמצעות הנכס הנמכר. זכות הקונה גוברת כך על נושה של המוכר, אף שזה האחרון הטיל עיקול על הנכס שכן לעיקול אין תוקף קנייני, והוא "תופס" את הנכס במצבו בעת הטלת העיקול, וכפוף על כן, לזכות מעין קניינית שנוצרה לקונה. הוא הדין גם מקום שהקונה לא רשם הערת אזהרה, אף שבכוחו היה לעשות כן, ובין אם הקונה שילם את מלוא התמורה המגיעה ממנו, ובין אם לאו. בית המשפט ביסס קביעה זו על ניתוח ההסדר בדבר "עסקאות נוגדות" בסעיף 9 לחוק המקרקעין וכן על הוראות אחרות בחקיקה העוסקות בתחרות בין בעלי זכויות. ההסדרים בדבר התחרות בין הזכויות בעסקאות הנוגדות, על רקע הפעלת מדיניות משפטית המבקשת לאזן כראוי בין הזכויות המשפטיות השונות של הגורמים המעורבים, הביאה את בית המשפט למסקנה כי זכותו של הקונה עדיפה על פני נושה של המוכר שעיקל את נכס המקרקעין, גם מקום שהראשון לא רשם לזכותו הערת אזהרה, אף שרשאי ויכול היה לעשות כן. הקביעה בפרשה זו נסבה על עיסקת מכר מקרקעין והיא לא דנה בעיסקת התחייבות להקנות מקרקעין במתנה הנדונה כאן.

עולה בענייננו השאלה האם הרציונל האמור בפרשת בנק אוצר החיל, שהביא לייחוס זכות "מעין קניינית" לקונה בעיסקת מכר מקרקעין פועל באותה מידה גם מקום שמדובר בעיסקת מתנה ומקבל מתנה, והאם גם בעיסקה כזו עשויה זכותו של הנהנה מהסכם המתנה לגבור על זכות נושה של נותן המתנה, אשר הטיל עיקול על הנכס, נשוא המתנה. שאלה זו הינה מורכבת ורבת פנים. מן הצד האחד - אם בוחנים את השאלה דרך מקור ההסדר הנוגע ל"עסקאות נוגדות", כפי שהדבר נעשה ביחס לעיסקת מכר, כי אז המסקנה עשויה להיות זזה בשתי העסקאות בהתייחס ללשון החוק. שהרי סעיף 9 לחוק המקרקעין מדבר בעסקאות נוגדות, ואילו ההגדרה ל"עיסקה במקרקעין" על פי סעיף 6 לחוק הינה "הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה". בהגדרת "עיסקה" לא נכלל אלמנט של תמורה, ומכאן, שלכאורה, לא נעשתה אבחנה בחוק בין עיסקת מכר בתמורה לבין עיסקת מתנה שאין תמורה בצידה. שאלה היא האם העדר אבחנה כאמור, מצדיק, כשלעצמו, ייחוס זכות "מעין קניינית" גם למקבל הבטחה למתנה, הגוברת על זכות נושה של החייב באותה מידה שהיא מיוחסת לקונה בתמורה. המבחן לכך הוא האם נהנה

בעיסקת מתנה נושא עמו ציפיות לגיטימיות המולידות זכות הראויה להגנה, בעלת עוצמה חזקה כזו של קונה בתמורה, ומה יחסן של ציפיות אלה לציפיות הצד האחר המתחרה כנגדו על הבכורה.
אכן,

"השיטה תכיר באינטרס מסוים כאינטרס קנייני, המוגן in rem, כאשר מכלול התכונות של הזכות יוצר אצל הזכאי, כענין עובדתי, ציפיות להגנה בעלת עוצמה גבוהה והסתמכות על כך."

(דברי פרופ' מ' דויטש, במאמרו "הקנין כתווית - על תחרות זכויות ופורמליזם", הפרקליט מג' תשנ"ז, חוברת ג', עמ' 302, בעמ' 308).

מסתמנת אבחנה מהותית בין קונה בעיסקת מכר לבין מקבל הבטחה למתנה במרחב הציפיות הראויות להגנה. ראשית, הקונה רוכש נכס בתמורה, בין אם שילם כבר את מלוא המחיר עבורה ובין אם נותר חייב למוכר את התשלום, כולו או חלקו. נהנה בהסכם מתנה מקבל הבטחה לנכס בבחינת הענקת חסד, בלא תמורה כלל. הגנה מוגברת על ציפיות קונה בעיסקת מכר נובעת, בין היתר, מעובדת תשלום התמורה. אך טבעי הוא כי השיטה תגן ביתר שאת על מי ששילם תמורה או התחייב לשלמה לעומת זה שמלכתחילה הובטחה לו מתת-חסד. (דויטש, שם, עמ' 311). אכן, נמתחת אבחנה בין עיסקת מתנה שטרם הושלמה לבין עסקה אחרת מבחינת עוצמת זכויותיו של מקבל הזכות, והדבר תואם את רגש הצדק ואת הצרכים החברתיים השונים, כדברי פרופ' ד' פרידמן במאמרו "מושג התמורה בחקיקה הישראלית", קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים, תשל"ה, 1976, עמ' 38, בעמ' 40:

"האבחנה בין עיסקת מתנה לעיסקה אחרת היא אבחנה התואמת את רגש הצדק ומשרתת מטרות חברתיות נכונות. אבחנה זו עולה בקנה אחד עם ההשקפה המקובלת, אשר לפיה צריכים לחול כללים שונים לגבי שתי קטיגוריות אלה."

שנית, זכותו של מקבל התחייבות למתנת מקרקעין היא זכות שברירית במובן הבא: הקנייה שלמה של מתנה במקרקעין הינה עסקה במקרקעין המצריכה רישום במירשם בשם המקבל, וכל עוד לא בוצע הרישום, לפנינו התחייבות לתת מתנה, הנשלטת על ידי סעיף 5 לחוק המתנה. הוראה זו מונה מספר מקרים בהם רשאי נותן המתנה לחזור בו מן ההתחייבות. האחד - כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, זולת אם ויתר הנותן בכתב על רשות זו (סק' (ב)). המצבים האחרים מפורטים בסק' (ג) הקובע:

"מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי

הנותן או כלפי בן משפחתו, או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן."

קשת המקרים בהם רשאי נותן המתנה לחזור בו מן המתנה, כל עוד לא הושלמה ההקנייה, היא רחבה מאוד, בכפוף לעמידה בדרישות תום הלב, ואין לדמותה לחוזה מכר, המקנה לקונה מכוחו זכות משפטית מוצקה ומגובשת, ויכולת המוכר לסגת ממנו מוגבלת ומצומצמת ביותר. חזרה ממתנה מבטלת את התחייבות הנותן לא רק מכאן ולהבא אלא גם למפרע, כאילו לא נעשתה מעולם. זכות החזרה אינה מוגבלת בזמן ובלבד שהמתנה לא הושלמה ומקבל המתנה לא שינה מצבו לרעה והיא אינה מחייבת הודעה בכתב. נותן המתנה פטור מפיצוי או מאכיפה שכן לא הפר חוזה אלא ניצל זכות שהדין היקנה לו (ראבילו, המתנה, שם, עמ' 358-9). במצבים האמורים בסעיף 5(ג) - קרי: התנהגות מחפירה של מקבל המתנה או הרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן - מוקנית זכות חזרה לנותן המתנה ללא הגבלות, אפילו ויתר הנותן בכתב על זכותו לחזור בו ואפילו אם הנהנה שינה את מצבו בהסתמך על המתנה (ראבילו, שם, עמ' 384). וכך, עוצמת התחייבותו של נותן המתנה לתת אותה ולא לחזור בו ממנה, חלשה מזו של מתקשר בחוזה אחר, והוא הדין במשקל ציפיותיו של הנהנה, וכבר נאמר כי משקל ההסתמכות על ההתחייבות לתת מתנה הוא "כמשקל נוצה" לעומת משקל זכותו של הנותן לחזור בו (דברי השופט טירקל בע"א 350/96 ויסר נ' שביט, פד"י נב(5) 797, 813). ראה גם ראבילו, שם, עמ' 111; פרופ' ד' פרידמן, תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה, עיוני משפט ג', תשל"ג, 153, בעמ' 156). הזכות לבטל מתנה בהתקיים אחד התנאים הללו עשויה לעבור ליורשי הנותן או למנהל עזבונו או לנאמן בפשיטת רגלו הבא בנעליו (ראבילו, שם, עמ' 384, 387).

כנגד זכות מקבל המתנה שלא הושלמה ברישום, על מאפייניה האמורים, עומדת זכותו של נושה החייב - נותן המתנה, המבקש להיפטר מנשייתו. במקרה שלפנינו, בעת שנצמח החוב הפסוק, לא היתה רשומה על המקרקעין הערה אזהרה לטובת מקבלי המתנה. הנושה הינו בעל עיקול, המוחזק כזכות חלשה במידרג הזכויות. מהו יחס הזכויות בין גורמים אלה? מה היחס בין הציפיות המוגנות של מקבלי המתנה לאלו של הנושה הכספי? האם יפעל כאן הכלל כי בהתנגשות בין חוב בתמורה לבין חוב חנם יש להעדיף את החיוב בתמורה, משקיים אינטרס חברתי וכלכלי חזק יותר בהעדפתם? האם ייושם כאן הכלל כי "אין אדם נדבן אלא אם שוחרר מחובות" ("nemo liberalis nisi liberatus") (ראבילו, שם, עמ' 111-12)?

שאלות אלה קשות למתן תשובות גורפות. נראה על פני הדברים, כי המענה להן עשוי להיות שונה במצבים שונים בהתאם ליחס בין האינטרסים המוגנים של כל אחד מהצדדים במקרה המסוים. כך, למשל, יתכן כי ראוי לאבחן בין מקבל מתנה היכול באופן טכני לרשום את הקניית המקרקעין או לפחות הערת אזהרה במירשם והתרשל או נמנע מעשיית הדבר מסיבות אחרות, לבין זה אשר אינו יכול מבחינה טכנית לבצע רישום כזה שכן המקרקעין אינם רשומים במרשם המקרקעין. עשויה להיות חשיבות גם לבחינת מצבו של הנושה הכספי של

נותן המתנה בהקשר לשאלה האם בעת היווצרות החוב לזכותו ידע, או יכול היה לדעת, כי המקרקעין, מהם יכול היה לממש את נשייתו, הובטחו במתנה על ידי החייב לצד שלישי, והאם יכול וצריך היה להטיל על המקרקעין עיקול בשלב מוקדם כדי להבטיח את יכולת מימוש חובו קודם למועד בו בפועל עשה זאת; (ראה מיגל דויטש, נפילתה(?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי - המשפט בעקבות המציאות, עיוני משפט כ"ד(2) 313, 339-340). עשויה להיות גם רלבנטיות למצבו הכלכלי של נותן המתנה - החייב בעת שנושהו מבקש לממש את חובו. אם מצבו אותה עת הורע באופן משמעותי ונתונה לו זכות מכח סעיף 5(ג) לחוק המתנה לחזור בו מן המתנה, כי אז קיומה של זכות כזו עשוי להחליש את מעמדו של מקבל המתנה ביחס לנושהו של נותן המתנה בתחרות הזכויות ביניהם, ובהליכי פשיטת רגל נתונה זכות חזרה כזו לנאמן. אכן, בסדר הדברים הרגיל, אין לנושה ציפייה להיפרע את חובו דוקא מנכס מסויים. לא כך הוא כאשר החייב נקלע לקשיים כלכליים והופך אינסולבנטי. בנסיבות כאלה, משקל ציפיותיו הלגיטימיות של הנושה להיפרע מהנכס שנותר למימוש עולה באורח ניכר.

34. אין צורך בהכרעה גורפת בשאלות אלה על דרך ההכללה, שכן מקרה קונקרטי זה נתון לבחינה בהתאם לנסיבותיו ומאפייניו המיוחדים. כדברי השופט חשין בענין בנק אוצר החיל, שם, בעמ' 279:

"גם חוק המקרקעין אינו פטור מעולם של עיקרי יסוד במשפט. והגם שסעיף 9 כלשונו אינו מסייג את זכותו של הזוכה הראשון אלא בתחרות עם קונה בתמורה ובתום לב שרשם את העסקה על שמו בעודו בתום לב, ברי כי זכותו חייבת שתהא מסוייגת גם מכוחן של דוקטרינות כלליות במשפט... עקרון האשם (במובנו הרחב) חייב גם הוא שישמיע קול בענייננו"...

קו זה הודגש גם בפסק דינה של השופטת דורנר באותו ענין. היא הבהירה (עמ' 8-287):

"אפילו זכויות קנייניות, ולא כל שכן זכויות מעין-קנייניות שבהן מדובר בענייננו, אינן מוחלטות. יצירתן והשימוש בהן כפופים לחובת תום הלב, ולתורת ההשתק הנגזרת ממנה במשפטנו... בנסיבות בהן אי הרישום נבע מרשלנות ממש ולא כל שכן מכוונה להטעות, עשויה העמידה של הרוכש על בכורתו להיחשב שימוש בזכות שלא בתום לב... זאת במיוחד מקום שבו בעלי האינטרסים המתחרים הסתמכו על מצג שיצר הרוכש ברשלנותו ושינו מצבם לרעה על סמך הנחתם כי הנכס מצוי בבעלות המוכר. יתכן שגם רוכש שטרם שילם בעבור הנכס, או ששילם חלק קטן בלבד ממחיר הנכס, יהיה מנוע מלעמוד על זכותו בנכס לעומת תובעים אחרים של זכויות בנכס."

בהקשר לתחרות הזכויות בין קונה על פי חוזה מכר לנושהו של המוכר, אשר במסגרתו הועדפה, דרך כלל, זכותו של הקונה, הושאר פתח לחריגים בנסיבות בהן במאזן הציפיות המוגנות של שני הצדדים נוטה הכף להעדפת עניינו של הנושה. גישה זו יכולה לשמש כלי-עזר גם בענייננו.

35. גם אם נאמר כי דינו של מקבל המתנה דרך כלל, כדין קונה על פי חוזה מכר, זכותו עדיפה על זכות נושה שעיקל את הנכס - ואין כוונה להכריע בכך כאן - עניינו נופל לגדר מקרה חריג המוצא מן הכלל: במאזן הכולל של האינטרסים המוגנים של שני הצדדים, יש להעדיף את עניינם של נושי החייב על פני זכותם של הבנים מכח הסכם המתנה.

הנחתנו לצורך הענין הינה כי ההתחייבות למתנה נעשתה ב-1986, ומאז נחה לה ההתחייבות כאבן שאין לה הופכין, בלא שהחייב, אשת החייב מורשית הפעולה, או הבנים פעלו במשך שנים לשכללה ברישום, או לפחות לרשום לגביה הערות אזהרה. מדובר במקרקעין שכולם (פרט לבית) רשומים במירשם וניתן היה לרשום לגביהם הערות או להקנותם לבנים על דרך רישום במירשם המקרקעין, אך הדבר לא נעשה. רק במאי 1992, לאחר מתן פסק הבוררות נגד החייב, נרשמו לראשונה הערות אזהרה וגם אז רק על חלק מהמקרקעין; ולגבי חלק אחר לא נרשמו הערות כלל. הפעילות הראשונה למימוש הסכם המתנה נעשתה כאשר קשיין הכלכליים של החייב כבר עלו על פני השטח, כאשר הנושים כבר היו בפתח, ואין לשלול אפשרות כי פעילות זו נועדה לבודד את המקרקעין מאחזתם של הנושים. החייב, שבכוחו היה, אילו רצה, להעביר את המקרקעין לשמם של בניו כבר ב-1986 - ובמהלך כל השנים לאחר מכן, בחר שלא לעשות כן, והעדיף להשאיר את הבעלות במקרקעין בידיו. רק כאשר הוטלו העיקולים על ידי הנושים, ובסמוך לפני הכרזתו פושט רגל, ראה לנכון לשתף פעולה עם בניו לצורך הקניית המקרקעין ולצורך כך פנה עימם לרשויות מס שבח, אפשר מחשש שמא ייטרפו על ידי הנושים. אכן, קיים אינטרס ציבורי ברור בהגנה על נושה מפני התחמקות קלה של חייב מקיום חיובו, במיוחד מקום שההתחמקות נעשית על דרך מתנה לאדם קרוב (ראבילו, שם, עמ' 110-111).

אשר לנושים, נכון הוא כי בעת שרשמו את העיקולים ידעו על קיומן של הערות האזהרה. העיקולים עצמם אינם מקנים לבעליהם זכות בעלת עוצמה במידרג הזכויות; לנושה הכספי אין בדרך כלל זיקה קונקרטית לנכס מסוים, וכנגדו למקבל המתנה עומדת זכות בעלת זיקה ישירה לנכס מסוים. אולם בהתמודדות זו בין בעלי הזכויות יש לייחס משקל רב למצב בו הופך נותן המתנה חדל-פרעון ואינו מסוגל לשלם את חובותיו לנושיו. במצב זה ובמאזן הערכים המתמודדים, יש לבחון את זכותו של הנושה להיפרע את חובו מהנכסים שנותרו וטרם הוקנו באופן סופי במתנה, מקום שמאססת הנכסים של החייב אינה מספקת לפרוע את החובות, וכאשר כנגד הנושה עומד נהנה מהסכם מתנה שלא שילם כל תמורה וזכה בעסקת חסד; יתר על כן, בעת שנצמח חובם של הנושים, שהיה קשור בעבודות קבלנות שהחייב התחייב כלפיהם, היו המקרקעין רשומים על שם החייב בלא הערות אזהרה כלשהן לטובת הבנים. גם בעת מתן פסק הבוררות טרם היה רישום כלשהו. יש להניח כי במועד הקובע מבחינתם לענין זה, לא היתה לנושים ידיעה על הסכם המתנה, ולכן לא התגוננו מפניו קודם לרישום העיקול בפועל על ידם. החייב נכנס להליכי פשיטת רגל בינואר 1995, וחובו לנושים לא נפרע,

ולנאמן בפשיטת הרגל עומדת זכות, כמי שעומד בנעליו של החייב, לבטל את ההתחייבות למתנה בהינתן ההרעה הניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן במשמעות האמורה בסעיף 5(ג) לחוק המתנה, ממש כשם שהיתה עומדת זכות כזו לחייב עצמו. זאת, חרף העובדה כי וויתר על זכותו לחזור בו בהסכם המתנה וכנובע מיפוי הכח הבלתי חוזר, שהרי ויתור כזה אינו תופס לגבי הנסיבות האמורות בסעיף 5(ג) לחוק המתנה (ראבילו, שם, עמ' 384).

לאור הנסיבות המיוחדות של מקרה זה, עדיפה זכותם של נושי החייב על פני אלה של הבנים. במאזן הכולל של הזכויות המתנגשות, יש לתת בכורה לזכות הנושה לממש את חובו על פני זכותם של נהנים מהסכם מתנה אשר לא שלמו כל תמורה, כאשר זכותם לא הושלמה בהקנייה אף כי ניתן היה להקנותה ברישום, ומקום שמצבו הכלכלי של נותן המתנה הורע עד כדי הכרזתו פושט רגל.

מכלול טעמים מהותיים אלה מביאים אותי למסקנה כי ראוי לדחות את תביעתם של הבנים להכרה בזכויותיהם למקרקעין ביחס לנושי החייב. משכך, מתייתרת בחינת תוקף ההענקה במישור דיני פשיטת הרגל במסגרת סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל, בפני בית משפט של פשיטת רגל.

36. לאור האמור, אציע לקבל את הערעור, לבטל את פסק הדין של בית משפט קמא, ועמו את ההצהרה על זכותם של הבנים למקרקעין, על כל המשתמע מכך. הסעד המבוקש בתביעה שכנגד שהגישו הנושים התייתר מהטעם שלא הוכרה זכות הבנים מכח הסכם המתנה, ואין נפקות מעשית כיום ליפוי הכח בלעדיו. אשר להערות האזהרה שנתבקש להצהיר על בטלותן - אלה נמחקו ממילא במהלך הדיון ורישומם מעולם לא חודש.

הבנים המשיבים ישלמו למערערים את הוצאות המשפט ושכר טרחת עורך דין בשתי הערכאות בסכום של 50,000 ש"ח; מתוך סכום זה ישולם סך 25,000 ש"ח לנושים לוי וסך זהה לנושים מרלנדר.

ש ו פ ט ת

הנשיא א. ברק:

1. אני מסכים לפסק דינה של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, לפיו יש לקבל הערעור. ביסוד מסקנתי זו עומדת הקביעה, כי המשיבים (הבנים) לא עמדו בנטל שרביץ עליהם בנסיבות המקרה, בדבר הוכחת זכותם במקרקעין. נחה דעתי, כי נסיבות מקרה זה מצדיקות את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאיה העובדתיים של הערכאה הראשונה; כך, בעיקר נוכח הנתונים ה"חיצוניים" לעדויות שהובאו, באשר לחתימת ההסכם בין האב לבנים.

2. משזו מסקנתי, אין אני נדרש להכריע בשאלות האחרות שהועלו במסגרת ערעור זה, הן לגבי תוקפה של העיסקה בהיות חלק מן המשיבים (הבנים) קטינים; הן לגבי תחרות הזכויות שבין עיסקת המתנה לבין העיקול. שאלות אלו נכבדות הן, ובנסיבות המקרה אין הכרח להכריע בהן וניתן להשאירן בצריך עיון לעת מצוא.

ה נ ש י א

השופט י' זמיר:

אני מסכים לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה בכפוף להערות של הנשיא ברק.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א. פרוקצ'יה.

ניתן היום, י"ג בתמוז תשס"א (4.7.01).

ה נ ש י א ש ו פ ט ש ו פ ט ת

העתק מתאים למקור R05.99015160
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו
בקובץ פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.
שמריהו כהן - מזכיר ראשי

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444