

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9245/99

ע"א 189/00

ע"א 199/00

בפני :

כבוד השופטת (בדימ') ד' דורנר
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי

המערערים בע"א 9245/99 : 1. ארנון ויינברג
2. שושנה ויינברג

נ ג ד

המשיבים בע"א 9245/99 : 1. משה אריאן
2. מרים אריאן
3. עיזבון המנוחה שרה גרבנאו ז"ל
4. חיים הרבסט

המערערים בע"א 189/00 : 1. משה אריאן
2. מרים אריאן

נ ג ד

המשיבים : 1. ארנון ויינברג
2. שושנה ויינברג
3. עיזבון המנוחה שרה גרבנאו ז"ל
4. חיים שמעון הרבסט

המערער בע"א 199/00 : עיזבון המנוחה שרה גרבאו ז"ל

נ ג ד

המשיבים : 1. ארנון ויינברג
2. שושנה ויינברג
3. משה אריאן
4. מרים אריאן
5. חיים שמעון הרבסט

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
תל אביב - יפו מיום 25/11/1999 בע"א 183/93
שניתן על ידי כבוד השופט א' סטרשנוב

בשם המערערים 1-2 : עו"ד גיא קינן ועו"ד טל ארגמן
בע"א 9245/99

בשם המשיב 3 : עו"ד סגל גדעון

בשם המשיב 4 : עו"ד מזור אורי

בשם המערערים 1-2 : עו"ד טל ארגמן
בע"א 189/00

בשם המשיבים 1-2 : עו"ד גיא קינן

בשם המשיב 3 : עו"ד דוד שחור

בשם המשיב 4 : עו"ד אורי מזור

בשם המערער
בע"א 199/00 : עו"ד גדעון סגל

בשם המשיבים 1-2 : עו"ד יהודה רסלר

בשם המשיבים 3-4 : עו"ד טל ארגמן

בשם המשיב 5 : עו"ד אורי מזור

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. במרכזה של פרשה זו שתי עסקאות נוגדות: התחייבות בעלים של נכס מקרקעין לרשום משכנתא לטובת נותן אשראי, בצד התחייבות אותם בעלים בחוזה מכר למכור את הנכס לקונים ולהעביר את הבעלות בו על שמם, כשהיא נקייה מזכויות צד שלישי.

אל מכלול היחסים המשפטיים המורכבים בין המוכרים, הקונים, והמלווה משתלבת טענת המוכרים והמלווה בדבר התיישנותה של תביעת הקונים כנגדם. הליך זה הוא חוליה נוספת בשרשרת הליכים שחוליתה הקודמת כבר הוכרעה בפסק דין סופי בבית המשפט העליון.

רקע

2. ביום 23.8.82 חתמו שלושת בעלי חלקה 681 בגוש 6021, (להלן – "החלקה") וביניהם הגב' גרבנאו ז"ל שעזבונה הוא המשיב 3 (להלן – "גרבנאו") על יפוי כח כללי לגב' מרים אריאן, היא המשיבה 2, כדי שזו תפעל בשמם לבניית בית דירות על החלקה ותטפל במכירת הדירות. הבנין נבנה על ידי חברה בשליטת משה אריאן, בעלה של מרים אריאן (להלן – "אריאן"). הבנין כולל את דירה 681/1 (להלן – "הדירה" או "הנכס") שהיא מושא הדיון בערעור זה. הבעלות בדירה רשומה על שם גרבנאו.

עסקה ראשונה

3. ביום 10.10.84 נחתם הסכם מסגרת בין חברה באמצעות המשיב 4 הוא חיים הרבסט (להלן – "הרבסט") לבין חברת אריאן באמצעות משה אריאן, לפיו הרבסט ילווה מדי פעם כספים לאריאן לצורך מימון עסקאותיו. בין הצדדים הוסכם כי תנאי כל הלוואה יסוכמו בנפרד בכפוף לתנאי השוק ולהסכמות הצדדים עובר למתן כל הלוואה ספציפית. להבטחת החזר ההלוואות שתינתנה מעת לעת נקבע בסעיף 4 להסכם המסגרת כדלקמן:

"להבטחת זכויות המלווה בקשר להלוואות שתינתנה, מתחייבת בזאת הלווה:

א. הלווה תוודא שהגב' שרה גרבנאו... תחתום למלווה מיד עם החתימה על חוזה זה על כל המסמכים הדרושים לרישום משכנתא בדרגה ראשונה לטובת המלווה על הנכס הידוע 681/1 בגוש 6021....

ב. הלווה מצהירה כי הנכס חופשי מכל חוב או שעבוד או זכות הזולת.

ג. הלווה מתחייבת בזה כלפי המלווה כי במשך כל תקופת ההלוואה היא לא תמכור, לא תעביר, לא תחלק, לא תמשכן, ולא תשעבד את הנכס או כל חלק ממנו, וכי לא תשכיר ולא תמסור את החזקה עליו או את השימוש בו או בכל חלק ממנו על סמך שכירות, חכירה או כל הסכם אחר או סידור אחר לכל תקופה שהיא, אלא אם תקבל על כך תחילה את הסכמת המלווה מראש ובכתב, והדבר ייעשה בהתאם לתנאי ההסכמה של המלווה."

בסופו של הסכם המסגרת מופיע פרק המוכתר "תצהיר והסכמה", עליו חתמה מרים אריאן בשם גב' גרבנאו. בפרק זה נאמר, בין היתר:

1. הנני מביעה את הסכמתי לשיעבוד ומישכון הנכס הידוע כחלקה 681/1 בגוש 6021 הרשום על שמי לצורך האמור בחוזה זה.

2. הנני נותנת הסכמתי מראש לכל הלוואה שתבוצע על ידי הלווה, בין שתהיה ידועה לי ובין שלא תהיה ידועה לי".

בסיומו של החוזה, ניתנה ערבות אישית של משה אריאן כלפי המלווה למילוי כל התחייבויות הלווה על פי אותו חוזה.

במעמד עריכת הסכם המסגרת, הוסכם כי הרבסט ילווה לאריאן סכום של 25 מליון שקלים ישנים, ונקבעו בו תנאים למתן ההלוואה.

זוהי מהותה של העסקה הראשונה בין הבעלים של הנכס ומיזם הכח מטעמה לבין המלווה.

עסקה שנייה

4. ביום 18.10.84, שמונה ימים לאחר עריכתה של העסקה הראשונה, ביצעו אריאן, כמיופי כח של גרבנאו, עסקת מכר של הדירה עם בני הזוג וינברג (להלן – "וינברג" או "הקונים"). בזכרון הדברים הוסכם כי מחיר הדירה יעמוד על 70,000 דולר. בזכרון הדברים נכתב, בין היתר, כך:

"ידוע לקונה שהדירה ממושכנת, ומשכנתא זו תוסר לאחר העברת סך השווה ל-60,000 דולר על ידי הקונה תוך שבוע ימים מיום קבלת הסך על ידי המוכר".

לאחר החתימה על זכרון הדברים, בדקו וינברג ביום 21.10.84 את מירשם המקרקעין ומצאו כי לא רשומה על הדירה כל משכנתא. למחרת היום, ב-22.10.84 רשמו וינברג במירשם הערת אזהרה לזכותם על הדירה.

בעקבות זכרון הדברים, נחתם ביום 1.11.84 הסכם מכר מפורט, בו התחייבה גרבנאו להעביר את הבעלות בדירה על שם וינברג כ"שהדירה משוחררת מכל שעבוד ו/או משכנתא ו/או זכויות מצד ג' כלשהן...".

בחווה נקבע כי תמורת המכר תשולם בשני תשלומים עיקריים. הראשון – לא יאוחר מיום 1.11.84 והשני – לא יאוחר מיום 7.1.85. במבוא להסכם הצהירו וינברג כי ידוע להם שבעת עריכת ההסכם רשומה בגין הדירה משכנתא, או שלממשכן זכות לרשום משכנתא על הדירה.

בסעיף 4 לחווה המכר נאמר, בין היתר:

”א. המוכר מתחייב להסיר את המשכנתא מהדירה תוך 7 יום מיום שקיבל סך השווה ל-60,000 דולר לפחות ממחיר הדירה, כאמור בהסכם זה.

ב. המוכר מתחייב בזאת להעביר את הדירה על שם הקונה בלשכת רישום המקרקעין כהדירה משוחררת מכל חוב ו/או שעבוד ו/או זכויות מצד ג' כלשהן, וזאת לא יאוחר מ-60 יום לאחר ששולם למוכר מלוא סכום התמורה וכפוף לכך שעד לאותו מועד סיימו שלטונות מס שבח את פעולותיהם בקשר לעסקה נשוא הסכם זה.”

עוד נקבע בסעיף 12(ג) לחווה כי:

”הקונה מצהיר ומתחייב כי במידה שהזכאי לרשום משכנתא, כאמור לעיל, ידרוש לרשום משכנתא בקשר לדירה, וזאת בתנאי שדרישה זו תהיה לפני שהקונה שילם סכום השווה לסך 60,000 דולר על חשבון מחיר הדירה, יאפשר הקונה את רישומה על ידי הסרת כל הערת אזהרה שנרשמה בקשר לרכישת הדירה על ידי הקונה.”

בנספח לחווה תוקן סעיף 12(ג) באופן שהוסף לו המשפט הבא:

כשהמוכר יפנה אל הקונה בכתב בנדון בציון פירוט הסכומים האמורים. במקרה כזה יופנו יתרות התשלומים בגין רכישת הדירה לזכות בעל החוב.”

בעקבות החתימה על הסכם המכר ולצורך מימון רכישת הדירה, לקחו וינברג הלוואה מבנק טפחות. ביום 1.11.84 חתמה גרבנאו באמצעות אריאן על התחייבות לרישום משכנתא לטובת הבנק. על בסיס התחייבות זו, נרשמה במרשם המקרקעין ביום 4.11.84 הערת אזהרה על הדירה לטובת הבנק. ביום 5.11.84 חתמה גרבנאו באופן אישי על יפוי כח בלתי חוזר המייפה את כוחו של עו"ד וגנר שערך את הסכם המכר

לפעול על פיו כדי לרשום את הבעלות בדירה על שם וינברג ולבטל ולמחוק כל שעבוד או משכנתא הרובצים על הדירה.

התנגשות העסקאות

5. ביום 12.11.84 ביקש הרבסט לרשום משכנתא על הדירה להבטחת הלוואה שנתן לאריאן על פי הסכם ההלוואה ביניהם. הוא נוכח להפתעתו כי רשומות שתי הערות אזהרה על הנכס - האחת על שם וינברג והאחרת על שם בנק טפחות. נכון למועד זה, שלמו וינברג למוכרים על חשבון תמורת הדירה סך 30,000 דולר. בא כוחו של הרבסט, עו"ד קאופמן, שערך את הסכם ההלוואה בין אריאן לבין הרבסט, פנה לוינברג והודיע להם כי גרבנאו ואריאן התחייבו כלפי הרבסט לשעבד את הדירה להבטחת כספי הלוואות שנתן להם. הוא דרש מוינברג כי יחתמו על כתב הסכמה לרישום משכנתא לטובת הרבסט. במקביל לכך, וללא הצלחה, ניסה עו"ד קאופמן להחתים את אריאן וגרבנאו על כתב הסכמה להמחות את יתרת התמורה המגיעה להם בגין חוזה המכר לפרעון ההלוואה להרבסט. אריאן התנגדו בתוקף. לטענת וינברג, אריאן טענו בפניהם כי הם אינם חייבים סכום כלשהו להרבסט, והזהירו אותם כי אם יעבירו את התמורה שטרם שולמה עבור הדירה ישירות להרבסט, כי אז יפסידו את כל כספי התמורה ואת הדירה.

ביום 13.12.84 העבירו וינברג את יתרת התמורה המגיעה עבור הדירה לידי אריאן וקבלו את החזקה הפיסית בדירה. תשלום זה נעשה בטרם המועד החוזי שנקבע לכך, וזאת במטרה לקבל את החזקה בדירה מוקדם ככל האפשר. נכון לאותו יום טרם נרשמה משכנתא או הערת אזהרה לגבי הדירה לטובת הרבסט.

הליך ראשון

תביעת הרבסט

6. ביום 24.12.84 הגיש הרבסט תובענה כנגד אריאן, גרבנאו, וינברג ובנק טפחות לאכוף על אריאן וגרבנאו לרשום משכנתא לזכותו על הדירה על פי חוזה ההלוואה, וכן לאכוף על וינברג ובנק טפחות להסכים לרישום משכנתא ראשונה על הנכס לטובתו, ולתקן את הערת האזהרה שנרשמה לטובת בנק טפחות באופן שיובהר כי מדובר בהתחייבות לרישום משכנתא בדרגה שניה (ה.פ. (מחוזי – ת"א) 1170/84). ביום בו הוגשה תובענה זו, ניתן לטובת הרבסט סעד זמני מכוחו נרשמו עיקול זמני והערת אזהרה לטובתו על הדירה. ביום 1.7.87 פנו וינברג לבית המשפט ובקשו לאכוף על גרבנאו להעביר את רישום הבעלות בדירה על שמם (ה.פ. (מחוזי – ת"א) 751/87). בתחילה, הנתבעת היחידה באותו הליך היתה גרבנאו. במהלך הדברים, הצטרף הרבסט

כבעל דין. וינברג בקשו גם פיצול סעדים. ביום 31.1.90 דחה בית המשפט את תובענתו של הרבסט בפסק דינו של כב' השופט אילן בבית המשפט המחוזי בתל-אביב. ביום 13.2.90 התקבלה התובענה של וינברג בפסק דינו של כב' השופט גורן, בכפוף לכך שיידחה הערעור שהגיש הרבסט לבית המשפט העליון על פסק הדין בתובענה שהוגשה על ידו. כן התקבלה בקשת וינברג לפיצול סעדים, בהסכמת הרבסט.

ביום 1.9.92 התקבל בבית המשפט העליון ערעורו של הרבסט על פסק הדין בעניינו (ע"א 1235/90 הרבסט נ' אריאן, פד"י מו(4) 661). בית משפט זה (מפי השופט ברק) קבע כי על הענין חל סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ומצא כי בהתמודדות הזכויות בין הרבסט לבין וינברג והבנק, עדיפה זכותו של הרבסט שכן ההתחייבות לרישום משכנתא שניתנה לו בהסכם ההלוואה קדמה בזמן להתחייבות שניתנה לוינברג מכח הסכם המכר, וזכותם של וינברג, המאוחרת בזמן, לא נשתכללה ברישום מלא של בעלותם. בית המשפט הורה על רישום משכנתא ראשונה לטובת הרבסט על הדירה. כן קבע כי העיכוב ברישום הערת אזהרה על ידי הרבסט מגיע כדי התרשלות כלפי וינברג. אף שאין בעובדת ההתרשלות כדי לפגוע בעדיפות הקניינית הניתנת להרבסט מכח סעיף 9 לחוק המקרקעין, היא עלולה להצמיח אחריות בנוזיקין וחובת פיצוי של הרבסט כלפי וינברג על נזקייהם עקב הסתמכותם על העדר רישומה של הערת אזהרה לטובת הרבסט עובר להתקשרותם בהסכם המכר (שם, עמ' 3-672).

הליך שני

7. ביום 10.2.93 הגישו וינברג לבית המשפט המחוזי את תביעתם בהליך זה. הם צרפו כנתבעים את כל הצדדים המעורבים בפרשה. את אריאן וגרבנאו תבעו בגין הונאה, גזל כספים והפרת התחייבותם החוזית להעביר להם בעלות רשומה בדירה שרכשו ושלמו בגינה את מלוא תמורתה. את הרבסט תבעו בגין התרשלות בכך שהתעכב ברישום הערת אזהרה בדבר זכותו למשכנתא, ויצר בכך מצג כלפי כולי עלמא כי הדירה נקיה מכל שעבוד וזכות צד שלישי. הם העמידו את פיצויי הנזק בראש וראשונה על תמורתה המשוערכת של הדירה שהוערכה נכון למועד התביעה בסכום של 471,626 ₪. כן תבעו פיצוי בגין הוצאות משפטיות ועוגמת נפש.

ההליכים בבית המשפט המחוזי

8. בית המשפט המחוזי (כב' השופט סטרשנוב) קיבל את תביעתם של וינברג כנגד אריאן וגרבנאו ודחה אותה ביחס להרבסט. ראשונה, התמודד עם טענת התיישנות התביעה שהעלו אריאן, גרבנאו והרבסט אשר טענו כי העובדות המרכיבות את עילת התביעה היו ידועות לוינברג לקראת תום שנת 1984, לאחר שנודעו להם פרטי העסקה

הראשונה בין אריאן לבין הרבסט ולכן עילת התובענה לצורך התיישנות צמחה באותו מועד. מאז ועד להגשת התביעה ב- 10.2.93 חלפו למעלה מ-7 שנים, ולפיכך דין התביעה להידחות על הסף. בית המשפט המחוזי דחה את טענת ההתיישנות בקובעו כי וינברג לא שקטו על השמרים ופעלו לאורך התקופה ככל שנתחייב ונדרש מהם. רק לאחר פסק הדין בתובענת הרבסט בבית המשפט העליון שניתן ביום 1.9.92, הוברר להם כי זכותם בדירה אינה מובטחת עוד, וכי לזכותו של הרבסט עומד דין קדימות קנייני. אז הזדרזו והגישו את תביעתם בשנת 1993. לגישת בית המשפט המחוזי, פסק הדין הסופי בתביעת הרבסט יצר מצב משפטי חדש וקבע זכויות וחובות משפטיות חדשות בין הצדדים. לפיכך, בנסיבות אלה, תקופת ההתיישנות לא חלפה בעת שהוגשה התובענה נשוא הליך זה.

לגופם של דברים, החליט בית המשפט כדלקמן:

9. **תביעת וינברג נגד אריאן וגרבנאו:** לענין זה נקבע כי אריאן וגרבנאו הפרו את הסכם המכר עם וינברג במובנים הבאים: אריאן הסתירו מוינברג כי במקביל למשא ומתן שהם ניהלו עימם למכירת הדירה, הם חתמו על הסכם הלוואה עם הרבסט בו התחייבו לשעבד את הדירה לבטחון פרעון האשראי. ההתייחסות בזכרון הדברים ובהסכם המכר לקיומה של משכנתא קודמת בזמן היתה מעורפלת וחמקנית ואין היא מקיימת את דרישות הגילוי הנאות והיא מגעת בנסיבות הענין כדי חוסר תום לב. עוד נקבע כי הם הפרו בצורה בוטה את ההתחייבות החוזית כלפי וינברג להסיר את המשכנתא לאחר שהועברה אליהם על ידי הקונים תמורת הדירה בסך 60,000 דולר. חרף חובתם החוזית המפורשת כאמור, לקחו אריאן את הכספים לעצמם, לא העבירו אותם לידי הרבסט לסילוק ההלוואה, לא הסירו את השעבוד מהדירה כדי לאפשר את העברת הבעלות בה לידי וינברג כשהיא נקיה מזכויות צד שלישי.

עוד קבע בית המשפט כי אין לאבחן בין אריאן לבין גרבנאו ביחס לאחריותם להפרת עיסקת מכר הדירה כלפי וינברג. אריאן פעלו בהרשאת גרבנאו במסגרת יפוי הכח שניתן להם והם חייבים ביחד ולחוד עם גרבנאו מכח יחסי הרשאה. הם הפרו את ההתחייבות החוזית כלפי וינברג להעביר את הבעלות בדירה על שמם במועד החוזי כאשר היא משוחררת מכל זכויות צד שלישי, ויש לחייבם בפיצויים הולמים בגין הפרת החוזה.

על פי קביעת בית המשפט, וינברג מצידם פעלו כשורה לאורך כל הדרך ואין לראות דופי בכך ששלמו את יתרת תמורת הדירה לידי המוכרים ולא ישירות לידי של

הרבסט, עמו לא היה להם כל שיג ושיח משפטי. הם פעלו במהירות ברישום הערת אזהרה לזכותם, והוא הדין לגבי בנק טפחות.

10. אשר להרבסט, בית המשפט פסק כי אינו מוצא בהתנהגותו כלפי וינברג משום רשלנות העשויה להוליד עילה בנזיקין. הטענה היחידה העשויה להישמע נגדו בענין זה היא, כי במשך למעלה מחודשיים מאז הסכם ההלוואה השהה את רישום זכותו במירשם ובכך יצר מצג כלפי כל העולם כאילו הנכס חפשי מזכות צד שלישי, והניח בכך תשתית לעסקת המכר בין וינברג לאריאן. בית המשפט הניח כי במישור המושגי השתהות בביצוע רישום הזכות כאמור עשויה להיות מעשה נזיקין, בהניחה מצג כלפי כל העולם כי הנכס נקי מזכויות צד שלישי, כאשר בפועל אין מצב הדברים כך, וצד שלישי תם לב עשוי להסתמך על כך ולשנות את מצבו לרעה. אלא שבמקרה זה מצא בית המשפט כי לא הוכחה התרשלנות מצד הרבסט. הוא הניח כי המדובר באיחור המסתכם, לכל היותר, ב-12 ימים החל מיום חתימת הסכם הלוואה ביום 10.10.84 ועד מועד רישום הערת האזהרה על ידי וינברג ביום 22.10.84, כאשר בתחום זמן זה חל חול-המועד סוכות, ונתקיימו אילוצים אובייקטיביים שונים שמנעו את הרישום במהלך אותה תקופה. אי רישום במהלך תקופה זו אינו מגיע כדי רשלנות. את קביעת בית המשפט העליון בערעור הרבסט, ממנה עולה כי הרבסט התרשל, ראה בית המשפט המחוזי כקביעה אגב אורחא שאינה בבחינת פלוגתא פסוקה. התביעה כנגד הרבסט נדחתה, איפוא.

אשר לשיעור הפיצויים קבע בית המשפט כי אין מקום לחייב את אריאן וגרבנאו לפצות את וינברג בתמורת הדירה כולה, שכן החזקה הפיסית בדירה נמסרה לידיהם והם מתגוררים בה, אף שהיא משועבדת במשכנתא להרבסט. הוא חייב את אריאן וגרבנאו ביחד ולחוד לפצות את וינברג בהוצאות ובפיצויים בגין עוגמת נפש בסך כולל של 150,000 ₪.

הערעור

לפנינו שלושה ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי: ערעורם של וינברג, בצד ערעוריהם של אריאן ועזבון גרבנאו.

טענות וינברג

11. טענתם העיקרית של וינברג היא כי טעה בית המשפט המחוזי בכך שנמנע לפסוק לזכותם פיצוי מלא בגין תמורת הדירה ששולמה על ידם, בהינתן קביעותיו כי אריאן וגרבנאו הפרו את הסכם המכר ופעלו בהקשר זה בחוסר תום לב מוחלט. לטענתם, מקור הטעות בהנחתו המוטעית של בית המשפט כי הבעלות בדירה רשומה

על שמם, בעוד שבמציאות היא רשומה על שם גרבנאו, ורובצת עליה משכנתא לטובת הרבסט. מאחר שזכותם לרכוש בעלות בדירה הופרה, ומשזכותם החוזית בדירה כפופה לשעבוד לטובת הרבסט, נגרם להם נזק בשיעור התמורה ששלמו עבור הדירה, קרי: 70,000 דולר. סכום זה הם דורשים כפיצוי נזק בגין הפרת החוזה בידי המוכרים.

אשר להרבסט, טוענים וינברג כי טעה בית המשפט קמא כאשר לא ראה עצמו קשור לפסיקת בית המשפט העליון בתובענת הרבסט לפיה הרבסט התרשל באי רישום המשכנתא לזכותו בסמוך לאחר התקשרותו בהסכם ההלוואה, וכי המדובר בהשתק פלוגתא המחייב את אותם צדדים בהליכים מאוחרים. לגופו של ענין, נטען כי אין מדובר באיחור ברישום שמשמעותו 12 ימים בלבד, כי אם בתקופה של למעלה מחודשיים עד לביצוע רישום הערת האזהרה בידי הרבסט. במהלך תקופה זו, אילו ידעו וינברג על זכותו של הרבסט היו, למיצער, נמנעים מהשלמת תשלום תמורת הדירה והעברתה לידי המוכרים. מעבר לכך, גם אי רישום הערה לתקופה של 12 ימים בלבד מהווה התרשלות בנסיבות הענין. הרבסט התרשל, איפוא, בביצוע חובתו לרשום את זכותו במירשם המקרקעין, ויש לחייבו בתשלום פיצוי לוינברג בגין הנזק שנגרם להם עקב כך.

טענות אריאן

12. אריאן טוענים כי טעה בית המשפט המחוזי כאשר דחה את טענת ההתיישנות שהעלו כלפי תביעת וינברג. כן טעה בקובעו כי הם אחראים להתקשרות בחוזה המכר עם וינברג. משה אריאן טוען כי לא היה מיופה כח ואף לא צד להסכם המכר; מרים אריאן חתמה על הסכם המכר רק מתוקף היותה מיופת כח של גרבנאו. היא לא הפרה את תנאי ההרשאה כאמור ביפוי הכח ולכן אין לחייבה באופן אישי להפרת חוזה המכר עם גרבנאו. זאת ועוד, בסמוך לדרישת הרבסט לרישום המשכנתא על שמו, הוחזר יפוי הכח שהיה בידי מרים אריאן לגרבנאו ומאותו שלב היא אינה נושאת באחריות.

מוסיפים אריאן וטוענים כי בני הזוג וינברג אינם נותנים משקל בטיעוניהם לעובדה כי הם נהנים משימוש בדירה לאורך שנים רבות, בין על ידי שימוש עצמי ובין על ידי השכרה לצד ג', ולכן גם אם מגיע להם פיצוי, יש לקזז מתוכם את דמי השימוש בגין הנאתם מהנכס. לאחר עריכת חישוב עולה כי הקונים אינם זכאים לפיצוי נוסף.

טענות עזבון גרבנאו

13. טוען עזבון גרבנאו כי אין להטיל עליו אחריות כלפי וינברג להפרת החוזה וכי האחריות כולה צריכה להיות מוטלת על אריאן. אריאן השתמשה ביפוי הכח שניתן לה

שלא כדין, תוך חריגה בוטה ממסגרת ההרשאה, כאשר כספי מכירת הדירה שולשלו לכיסם של אריאן וכלל לא הגיעו לידיה של גרבנאו. יתר על כן נטען, כי וינברג ידע על כך שהדירה כפופה למשכנתא, ולמצער, כי אמורה להירשם עליה משכנתא, ואף שהיו מלווים ביעוץ משפטי, לא נקטו צעד כלשהו להסרת השעבוד. יתירה מזו, גם כאשר התבררה להם המורכבות שבמצב הדברים, הם העבירו לידי הזוג אריאן סכום נוסף של 40,000 דולר על חשבון תמורת הדירה למרות אזהרות והתראות שקבלו מבא כוחו של הרבסט, עו"ד קאופמן. בנסיבות אלה, אין לחייב את גרבנאו בחיוב כלשהו כלפי וינברג. גרבנאו קובלים גם על דרישת וינברג לפיצוי על מלוא תמורת הדירה ששולמה, אף שהם מחזיקים ונהנים ממנה מזה 17 שנים. הם חולקים גם על מרכיבי הפיצוי שנפסקו בטענה כי וינברג אחראים באשם - תורם לנזק שנגרם, משידעו על כפיפות הדירה למשכנתא, ולא נקטו כל צעד להבטיח את הסרתה, והוסיפו ושלמו לאריאן את מלוא התמורה למרות אזהרותיו של בא כוחו של הרבסט.

טיעוני הרבסט

14. טוען הרבסט כי תביעת וינברג נגדו התיישנה. כן טוען הוא כי יש לדבוק בקביעות בית המשפט המחוזי לפיהן אין בהתנהגותו משום רשלנות ופסיקת בית המשפט העליון בתובענה שהוא הגיש אינה בבחינת השתק פלוגתא בענין זה. בני הזוג וינברג בחרו לעצום את עיניהם ולהתעלם מהמצב העובדתי והמשפטי שנוצר ולהתכחש לאזהרותיו והתראותיו הרבות של עו"ד קאופמן, וכן בחרו להקדים את פרעון יתרת תמורת הדירה ולהעביר את התשלום לידיהם של אריאן במקום לשלמו לידי הרבסט ישירות לצורך שחרור המשכנתא, או לפחות להפקידו בנאמנות בידי גורם שלישי כדי לאפשר השגת פתרון למצב ניגודי העסקאות שנוצר. בנסיבות אלה, למועד רישום הערת האזהרה על ידי הרבסט אין חשיבות מהותית, ויש לראות את רשלנותם התורמת של וינברג כמכרעת.

הכרעה

התיישנות

15. טוענים אריאן, גרבנאו והרבסט, כל אחד מטעמו, כי על תביעתם של וינברג נגדם חל דין התיישנות, וכי טעה בית המשפט המחוזי כאשר דחה טענת סף זו. על פי הטענה, הארועים בגינם התגבשה עילת התביעה שבידי וינברג התרחשו בשנת 1984, ולכל המאוחר ב-24.12.84, הוא מועד רישום הערת האזהרה על ידי הרבסט והמועד בו הגיש את התובענה לאכיפת ההתחייבות שניתנה כלפיו על-ידי אריאן לרישום משכנתא על הדירה. מאחר שתביעת וינברג הוגשה לבית המשפט המחוזי רק ב-1993, ממילא חלפה תקופת ההתיישנות. לגישתם, ההליכים המשפטיים שהתנהלו בין הצדדים, או

חלקם, במהלך השנים עד למתן פסק דינו של בית המשפט העליון ב-1992 אינם מעלים ואינם מורידים לענין חישוב תקופת ההתיישנות.

יש לדחות את טענות ההתיישנות שהעלו אריאן, גרבנאו, והרבסט, אף שלא מטעמיו של בית משפט קמא. בענין זה ראוי להבחין בין הטוענים כמוכנים הבאים:

אריאן וגרבנאו – העלאת טענת התיישנות בהזדמנות הראשונה

16. סעיף 3 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 קובע:

”אין נזקקים לטענת התיישנות אם לא טען הנתבע טענה
זו בהזדמנות הראשונה לאחר הגשת התובענה”

הוראה זו נועדה ”למנוע הליכי סרק בהם יחלו דיונים בתביעות שלמעשה התיישנו, יבוזבוז זמן שיפוטי יקר, ולבסוף יעלה הנתבע את טענת ההתיישנות המייתרת את התביעה כולה” (ע”א 630/90 רוז’נסקי נ’ ארגון מובילי לוד, פד”י מה(5) 365, 370; רע”א 4286/01 גיל נ’ ירדן). למושג ”הזדמנות ראשונה” בהקשר להעלאת טענת התיישנות לא ניתן מענה ברור בפסיקה (פרשת רוז’נסקי שם, עמ’ 370; זוסמן, סדרי הדין האזרחי, מהד’ 7, עמ’ 272; רע”א 4049/97 אסורנס ג’נרל דה פרנס נ’ כונס רשמי, פד”י נא(4) 716, 718). הקושי ביישום מושג זה מתייחס בדרך כלל לשלבים שונים של דיונים הקודמים בזמן להגשת כתבי הטענות, אולם, בכל מקרה, על המבקש להשמיע טענת התיישנות להעלותה לכל המאוחר בכתב טענותיו. ישנם מצבים בהם נדרש בעל דין להעלות טענת התיישנות עוד בהליכים הקודמים להגשת כתב הטענות, ואם ניתנת לו הזדמנות לעשות כן והוא מחמיץ אותה, תאבד זכותו להעלותה (ע”א 580/73 טויטו נ’ ביטון, פד”י כח(2) 527, 528; ע”א 97/77 זינבנד נ’ קלוגמון פד”י לא(3) 466, 469; ע”א 3599/94 יופיטר נ’ בנק לאומי פד”י נ(5) 423). עם השנים, הלכה ונשתרשה התפיסה המשפטית בדבר חשיבות זכות הגישה של האזרח לערכאות המשפט, והשלכתה של זכות זו על דין ההתיישנות. ההלכה הפסוקה הכירה בזכות הגישה לערכאות כזכות-על הראויה להגנה כזכות יסוד, אף שטרם מצאה את ביטוייה החקוק עלי חוק יסוד. תפיסה זו אוצלת על אופן החלתו של מוסד ההתיישנות המבקש לנעול את דלתות בית המשפט בפני תובע שנתאחר בתביעתו, והיא פועלת לצמצום פועלו ותחום פרישתו של מוסד זה. פרשנות זו משפיעה גם על היקף תחולתו של כלל ”ההזדמנות הראשונה” שבסעיף 3 לחוק ההתיישנות, וזאת, דוקא בכיוון הרחבה של משמעות מושג זה באופן שייתפסו ברשתו מצבים שונים, אף מוקדמים להגשת כתבי

הטענות, בהם ניתנה הזדמנות לבעל דין להעלות טענת התיישנות ואם לא ניצל אותה, יחמיץ את המועד להעלותה (השווה ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים, פד"י נז(5) 433, 444-5). וכך, יש קשר גומלין בין הרחבת ההכרה בזכות בעל דין לפנות לבית המשפט ולשטוח בפניו את תביעתו ואת טיעוניו, לבין הצרת תחום פרישתו של מוסד ההתיישנות. הצרה זו מביאה מצידה פרשנות מרחיבה למושג "הזדמנות ראשונה" לצורך העלאת טענת ההתיישנות (פרשת רוז'נסקי, שם, ע' 368; ע"א 244/81 פתאל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פד"י לח(3) 673, 678-9). על רקע קווי פרשנות אלה, יש לבחון את נסיבות המקרה שלפנינו.

וינברג הגישו את תביעתם לבית המשפט המחוזי ביום 10.2.93. חודש לאחר מכן, ביום 10.3.93 הגישו אריאן בקשה למחיקת התביעה בטענה כי הם פושטי רגל ולכן על וינברג לקבל אישור בית המשפט להגשת התביעה נגדם. לחילופין, טענו כי אם ינתן אישור להגשת התביעה, הם מודיעים כי הם מכחישים את כל האמור בכתב התביעה בעניינם. בהכשתם זו הם מתייחסים במיוחד לסעיפים מסוימים בכתב התביעה. בהודעה זו לא העלו אריאן טענת התיישנות כנגד התביעה. בימים 31.1.96 ו-27.3.96 התקיימו דיונים מיקדמיים בתביעה בהם היתה אמורה להידון טענתם של אריאן על היותם פושטי רגל. הם לא הופיעו לדיונים אלה. כתב הגנה הוגש לראשונה מטעמם של אריאן ב-1.9.96 הם חויבו להגישו לאחר שבוטלו הליכי פשיטת הרגל שהתנהלו נגדם. רק בשלב זה, בעת הגשת כתב ההגנה, העלו לראשונה טענת התיישנות.

בנסיבות הענין, יש לראות בהודעת אריאן למחיקת התביעה מיום 10.3.93 בבחינת הזדמנות ראשונה להעלאת טענת התיישנות – הזדמנות שהוחמצה (השווה אסורנס ג'נרל דה פרנס, שם, עמ' 720). באותה הודעה התייחסו לא רק להיבט פשיטת הרגל אלא טענו גם טענות לגופה של התביעה וניתנה להם הזדמנות להעלות טענת התיישנות, אותה החמיצו. פרשנות זו למושג "הזדמנות ראשונה" היא אכן פרשנות מרחיבה. אולם היא עולה בקנה אחד עם תפיסת האיזון הדיוני הראוי בין האינטרסים השונים של הנתבע, התובע והציבור בתחילת הזמן הראוי להגשת תובענות, ותוך הכרה במשקל שיש לתת לזכות הגישה של האזרח לערכאות המשפט כערך משפטי, חברתי, וציבורי בעל חשיבות מיוחדת. ברוח פרשנות זו, מתבקשת המסקנה כי אריאן החמיצו את ההזדמנות הראשונה שניתנה להם להעלות טענת התיישנות כלפי תביעת וינברג שהוגשה נגדם.

אשר לגרבנאו, כתב הגנה מפורט הוגש מטעמה ביום 4.5.93 ולא עלתה בו טענת התיישנות כלל. ביום 1.3.97 הלכה הגב' גרבנאו ז"ל לבית עולמה. כתוצאה מכך תוקן כתב התביעה ועזבונה החליף אותה. מנהל העזבון לא הגיש כתב הגנה מתוקן לכתב התביעה המתוקן. טענת התיישנות עלתה לראשונה מפי עזבון גרבנאו בשלב הסיכומים ביום 28.10.99. למותר לומר, כי שעתה של גרבנאו להעלות טענת התיישנות הוחמזה, ולכן דין טענה זו להידחות משלא נתמלאו תנאי סעיף 3 לחוק ההתיישנות (השווה ע"א 516/84 לובמן נ' פיק, פד"י מא(3) 472, 475).

טענת התיישנות בפי הרבסט

17. שלא כאריאן וגרבנאו, הרבסט העלה כבר בהזדמנות הראשונה טענת התיישנות התביעה כנגד וינברג, כאשר הגיש ביום ב-3.3.94 בקשה לדחות את התביעה מטעם זה (ה.פ. 2676/98). בקשה זו הוגשה עוד בטרם הגיש הרבסט את כתב הגנתו ביום 15.5.95, שגם בו כלל טענת התיישנות התביעה. בבעל דין זה נתקיים, איפוא, התנאי לפיו העלה טענת התיישנות בהזדמנות הראשונה. עם זאת, דין טענת ההתיישנות שהעלה להידחות לגופה. הטעם לכך הוא כי בהליך משפטי אחר בין הצדדים בפרשה זו ניתנה החלטה בהסכמת הרבסט לפיצול סעדיו של וינברג בכל הקשור בהליכים הנוגעים לעסקאות הנוגדות וזאת למשך פרק זמן עד למתן פסק-דין סופי על-ידי בית המשפט העליון בערעור על תובענה שהרבסט הגיש בפרשה זו (להלן – "ערעור הרבסט"). פרק זמן זה שמהחלטה על פיצול הסעדים ועד להחלטה בערעור הרבסט יש לנכות מתקופת ההתיישנות הכוללת, ומשמעות הדבר היא, כי בעת הגשת תביעת וינברג נגד הרבסט בהליך זה טרם חלפה ההתיישנות. הרי פירוט הדברים:

עילת התביעה שבידי וינברג נצמחה לצורך תחילת מירון ההתיישנות ב-24.12.84, כאשר התברר לוינברג ניגוד העסקאות שהתרחש, והוגשה תביעתו של הרבסט כנגד כל הצדדים המעורבים האחרים לאכוף את התחייבותם של אריאן וגרבנאו כלפיו לרשום משכנתא על הדירה וליתן הצהרה כי זכויותיו בדירה גוברות על אלה של וינברג. תביעתו של הרבסט נדחתה ביום 30.1.90 בפסק דינו של השופט אילן. בית המשפט באותו ענין מצא כי יש לדחות את תביעתו של הרבסט אשר ביקש להעדיף את זכויותיו על פני אלה של וינברג, ולהתיר לו רישום משכנתא על הדירה לטובתו. הוא הגיע למסקנה זו תוך שניתח את העסקאות הנוגדות והתחרות ביניהן על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין, במשולב עם סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. בנסיבות הענין מצא, כי אכיפת החוזה לטובת הרבסט איננה צודקת ואין לבצעה, לאחר שהעריך ואיזן את האינטרסים היחסיים של כל אחד מהצדדים, והתחשב

במיוחד בעובדה כי באותו מועד וינברג כבר שלמו את כל המחיר, וכי המוכר התחייב בחוזה עם וינברג להסיר את המשכנתא מהנכס. כן ייחס משקל לעובדה, כי הרבסט לא דאג לרישום משכנתא על שמו בתוך זמן סביר והשתהה בכך למעלה מחודשיים, בעוד וינברג ובנק טפחות רשמו לזכותם הערות אזהרה באופן מיידי.

ביום 1.7.87 הגישו וינברג תביעה נגד גרבנאו לאכוף את העברת זכויות הבעלות בדירה על שמם (ה.פ. 761/87). הרבסט ביקש להצטרף להליך זה ואכן צורף כבעל דין. ביום 13.2.90, ובעקבות פסק הדין של השופט אילן בתובענת הרבסט, נתן בית המשפט המחוזי (השופט גורן) פסק דין מותלה בו קיבל את תביעתם של וינברג והורה על רישום הזכויות בדירה על שמם, כשהדירה נקיה מזכויות שעבוד או עיקול של צדדים שלישיים. לאור הערעור הצפוי על פסק דינו של השופט אילן בתובענת הרבסט, קבע בית המשפט (מפי השופט גורן) בהסכמתו של הרבסט, כי תוקפו של פסק דין זה יותלה עד למועד שבו יהפוך פסק הדין בתובענת הרבסט חלוט, או שיידחה ערעור שיוגש עליו. עוד נקבע באותו ענין כי אם פסק הדין בתובענת הרבסט יבוטל, כי אז לא יכנס הפסק בתובענת וינברג לתוקפו ותביעתו תיקבע לדיון מחודש. על רקע פסק דין זה, הוסיף בית המשפט (מפי השופט גורן) והחליט ביום 27.2.90, לבקשתו של וינברג ובהסכמתו של הרבסט, לאשר בקשה לפיצול סעדים בתובענת וינברג בתנאי כי תביעתו לסעדים הנוספים תוגש, באם תוגש, לכל המאוחר בתוך 6 חודשים מיום פסק דינו של בית המשפט העליון בערעור הרבסט.

ערעור הרבסט אכן הוגש לבית המשפט העליון, וביום 1.9.92 נתקבל הערעור ונקבע בו כי זכותו של הרבסט לרישום משכנתא על הדירה מכח הסכם ההלוואה עם אריאן גוברת על העסקה הנוגדת על-פי הסכם המכר בין המוכרים לבין וינברג, וזאת אף שהערות האזהרה של וינברג ובנק טפחות נרשמו קודם להערת האזהרה של הרבסט.

ביום 10.2.93 הוגשה תובענת וינברג כנגד המשיבים בהליך זה. מועד הגשת התובענה חרג אך במספר ימים מתקופת ששת החודשים שהוקצבו לוינברג להגשת תביעתו לסעדים הנוספים על פי החלטת השופט גורן בסוגיית פיצול הסעדים. איש מבעלי הדין לא עורר טענה בענין חריגה זו, אף שהועלו, כאמור, טענות בענין הגשתה המאוחרת של התובענה, לאחר חלוף תקופת ההתיישנות.

החלטת השופט גורן בענין פיצול סעדיו של וינברג עד להחלטה בערעור הרבסט בהסכמתו של הרבסט יוצרת פסק-זמן של 33 חודשים שבמהלכם נעצרה תקופת ההתיישנות עד למתן פסק הדין בערעור הרבסט. משך הזמן מפברואר 1990 – מועד

מתן החלטתו של השופט גורן ועד להחלטה בערעור הרבסט ביום 1.9.92 – אינו צריך להיכלל במנין תקופת ההתיישנות, וההשלכה המעשית מכך היא כי יש לנכות תקופה זו מתקופת ההתיישנות הכוללת. תוצאה זו מעמידה את תביעת וינברג כנגד הרבסט כהלך זה כתביעה שלא נתיישנה.

את הסכמתו של הרבסט למתן פסק דין מותלה בתביעת וינברג ולפיצול סעדיו עד להחלטה בערעור הרבסט יש להבין כמקפלת בתוכה הנחה והסכמה, כי כל עוד שוררת אי ודאות משפטית לגבי מידרג זכויות הקניין בין הרבסט לוינברג, רשאי וינברג שלא למצות את סעדיו כלפי הרבסט אשר, מטבע הדברים, גם לא יכלו להתגבש ולהתברר בטרם תינתן הכרעה בערעור הרבסט. בפיצול הסעדים כאמור מקופלת גם ההנחה כי לא תטען טענת התיישנות כנגד וינברג בגדרה של תקופה זו שבה הותר לו שלא להגיש את תביעותיו, ואשר בגידרה גם לא יכול היה, באופן מעשי, להגדיר את עילותיו ואת סעדיו. אכן, "לא תוכל להישמע טענת התיישנות כאשר בית המשפט התיר את פיצול הסעדים ותביעת הסעד השני מתעכבת עקב אי סיומו של הדיון בסעד הראשי" (גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי, מהד' 6, עמ' 101; רע"א 695/85 מורטנפלד נ' בן יאיר השרון, פד"י מ(1) 337; ע"א 615/84 מרקוביץ נ' סתם, פד"י מב(1) 541, 546). הרבסט מצידו מושתק מלכפור בכך כי פיצול הסעדים שניתן לוינברג בהסכמתו מצדיק את ניכוייה של תקופת אי הוודאות המשפטית עד להחלטה בערעורו מתקופת ההתיישנות הכוללת, והשתק זה הפועל כלפיו משתלב בחובת תום הלב החולשת גם על פני טענות דיוניות של בעל דין, בבחינת "ביטוי דיוני של עקרון תום הלב" (דברי השופט שטרסר-כהן בע"א 1662/99 חזקיהו חיים נ' חיים, פד"י נו(6) 295 (פסקאות 10 ו-12). על דרישת תום לב בפעולות בתחום סדרי הדין ראו גם בר"ע 305/80 שולה נ' רצבסקי, פד"י לה(3) 449, 461-2; ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים, פד"י לח(2) 237, 262; פרידמן כהן, חוזים, כרך ג', עמ' 328). (לענין השתק ומניעות ראו גם רע"א 4928/92 עזרא האג' נ' מועצה מקומית תל-מונד, פד"י מז(5) 94, 100-101; שלו, הבטחה, השתק, ותום לב, משפטים טז(תשמ"ז) 295; פרידמן, כהן, חוזים, כרך א', עמ' 93-96; ע"א 7664/00 רובינשטיין נ' עירית חולון, פד"י נו(4) 117, עמ' 139).

מטעמים אלה, לא נתיישנה תביעת וינברג כנגד הרבסט במועד בו הוגשה, זמן קצר לאחר מתן פסק הדין בערעור הרבסט. דין טענת ההתיישנות בפי הרבסט להידחות, איפוא.

18. במאמר מוסגר, ובלא צורך בקביעת מסמרות, יצויין כי, במנותק מההחלטה בדבר פיצול סעדים, עשויה היתה לעלות שאלה האם אין זה ראוי לנכות מתקופת

ההתיישנות החלה על תביעת וינברג את פרק הזמן שבין פסיקת בתי המשפט המחוזיים (מפי השופטים אילן וגורן), אשר הכירו בעדיפותם של וינברג על פני הרבסט במישור הקנייני, ועד להכרעה בערעור הרבסט בבית המשפט העליון, אשר הפך את הקערה על פיה, וקבע באורח חלוט כי להרבסט זכות הבכורה הקניינית בין העסקאות הנוגדות. ברי, כי אילו הגישו וינברג תביעת נזיקין כנגד הרבסט במהלך אותה תקופה, תביעתם לא היתה יכולה להתקבל הלכה למעשה, שכן נכון לאותה עת, לאור פסיקת בתי המשפט, זכותם הקניינית הוכרה כעדיפה על זו של הרבסט, וממילא כל עוד עמדה פסיקה זו בעינה, לא היה בידם להוכיח כי נגרם להם נזק מהתנהגותו של הרבסט באי רישום זכותו במרשם. טענות בדבר נזקם של וינברג כלפי הרבסט יכלו להתגבש רק עם מתן הכרעת בית המשפט העליון בערעור הרבסט, אשר הכירה בעדיפותו הקניינית. אף שעילת תביעתם של וינברג כנגד הרבסט התגבשה לצורך התיישנות כבר בשנת 1984, בעת ביצוען של העסקאות הנוגדות, הרי מאז פסיקת בתי המשפט המחוזיים ועד ההכרעה בערעור הרבסט נוצרה תשתית משפטית – פסיקתית אשר שללה מהם, הלכה למעשה, "כח תביעה" ממשי קונקרטי לזכות בסעד בעילת נזיקין כלפי הרבסט, משהם הוכרו, נכון לאותה עת, כבעלי קניין עדיף על הרבסט. הדעת נותנת, כי תקופה שבה נעדר "כח תביעה" שכזה, לא תובא במניין תקופת ההתיישנות.

אכן, תחילת מירון התיישנות נפתח במועד בו נולדת עילת תובענה. עילה כזו נולדת מקום שמתקיימות כל העובדות החיוניות לביסוס תביעה שניתן להצליח בה ולזכות בגינה בסעד המבוקש (סעיף 6 לחוק ההתיישנות; ע"א 244/81 פתאל נ' קופת חולים, פד"י לח(3) 673, 684; ע"א 3319/94 פפר נ' ועדה מקומית, פד"י נא(2) 581, 594; ע"א 1650/00 זיסר נ' משרד הבינוי והשיכון; גלעד, התיישנות במקרקעין – קווים לרפורמה, משפטים י"ח (תשמ"ח-תשמ"ט) 177, 209; ע"א 2462/97 פועלים ליסינג נ' טיפול שורש, פד"י נד(1) 529, 541).

אם, כדברי בית המשפט בפרשת 99, (מפי השופט אור) (שם, עמ' 594), המבחן לקיומה של עילת תביעה לצורך תחילת מירון התיישנות הוא "קיומו של כח תביעה בידיו של התובע", הרי על פי אותו הגיון, אם "כח התביעה" נשלל מהתובע לפרק זמן מסוים במהלך תקופת ההתיישנות עקב פסיקה שיפוטית השוללת ממנו יכולת קונקרטית לזכות בתביעה ובסעד אילו הגישה אותה עת, כי אז אפשר ויש לנכות את אותה תקופה של העדר "כח תביעה" מתקופת ההתיישנות הכוללת. חוק ההתיישנות מגדיר באורח סטטוטורי מצבים בהם נפסק מירון התיישנות בשל גורמים כאלה ואחרים. הסדר סטטוטורי זה אינו שולל בהכרח קיום הפסקה במירון התיישנות גם מקום שמוכח כי בגדר פרק זמן מסוים ניטל "כח התביעה" הממשי מידי התובע בשל

מצב משפטי-פסיקתי שנוצר אשר אינו מאפשר לו באורח קונקרטי לגבש את עילתו ואת סעדיו, וכל עוד מצב זה עומד בעינו. תוצאה זו מתיישבת עם רוחו ותכליתו של מוסד ההתיישנות. היא מתיישבת עם האיזון הראוי בין אינטרס המזיק להשתחרר מסכנת התביעה, לבין אינטרס הניזוק לאפשר לו לממש כראוי את זכות תביעתו בערכאות, תוך שמירה אל אינטרס הציבור כולו שלא לעסוק בעניינים שעבר זמנם (ע"א 165/83 בוכריס נ' דיוור לעולה בע"מ, פד"י לח(4) 554, 558). וכך, אפשר וכשם שבוחנים את תחילת מירון ההתיישנות באמצעות התחקות אחר מועד לידתה של עילת התובענה, הנותנת בידי התובע כח ממשי לזכות בסעד אם יוכיחנה, כך ראוי לעכב את מירון ההתיישנות למשך אותה תקופה בה ניטל כח התביעה הממשי מידי התובע עקב מצב משפטי – פסיקתי שנוצר, השולל ממנו במהלכה את היכולת הממשית לגבש את עילת תביעתו ואת סעדיו, ולממשם הלכה למעשה. אולם, כאמור, איננו נדרשים במקרה זה להכרעה פסקנית באפשרות האמורה, ונשאירה לעת מצוא.

החבות

19. במישור החבות עולות שאלות במספר מישורים: במישור האחד – יש להידרש לשאלת חבותם של אריאן וגרבנאו כלפי וינברג בתחום החוזי, ובתוך כך עולה שאלה באשר למערכת היחסים הפנימית בין אריאן וגרבנאו והשלכתה על החבות כלפי וינברג. במישור האחר – יש להידרש לשאלת חבותם של הרבסט כלפי וינברג בתחום הנזיקי. במישור זה השאלה היא האם יש לראות את הרבסט אחראי ברשלנות כלפי וינברג בגין עיכוב ברישום הערת אזהרה בדבר זכותו לשעבוד על הנכס. נבחן שאלה זו על רקע הכרעת בית המשפט המחוזי, אשר הכיר בעילתם של וינברג כנגד אריאן וגרבנאו, ודחה את תביעת וינברג כנגד הרבסט.

חבותם של אריאן וגרבנאו כלפי וינברג

מערכת היחסים הפנימית בין אריאן לגרבנאו

20. זכרון הדברים למכירת הדירה לוינברג נחתם ב-18.10.84 על ידי אריאן מצד המוכרים. לאריאן ניתן יפוי כח כללי על ידי גרבנאו לפעול בנכסיה. היא פעלה מכח יפוי כח זה במכירת הדירה. חוזה המכר נעשה בשמה של גרבנאו ונחתם בשמה של מרים אריאן כמיופת כוחה. בית המשפט המחוזי קבע כי במכירת הדירה פעלה אריאן כמיופת כח של גרבנאו על פי יפוי הכח שהיה בידיה, ובמסגרתו. חתימתה של אריאן

על המסמכים החוזיים מחייבת את גרבנאו ואת עזבונה. כן נקבע כי גרבנאו ידעה על מכירת הדירה לוינברג, ועוה"ד וגנר, שערך את ההסכם, היה בקשר מתמיד עמה בענין זה. כך העיד גם משה אריאן (עמ' 21 לפרוטוקול). בנסיבות אלה, ובהעדר ראיות לסתור, קבע בית המשפט כי מעמדם של אריאן וגרבנאו ביחס לארועים הקשורים בחוזה מכר הדירה הינו מעמד זהה, ואין מקום לאבחנה ביניהם בכל הקשור לחבותם כלפי וינברג. אינני רואה מקום להתערב במסקנה זו.

יתירה מזו: בית המשפט העליון בפסק דינו בערעורו של הרבסט (ע"א 1235/90 הרבסט נ' אריאן ואח' (פד"י מו(4) 661) נתן דעתו, בין היתר, לשאלת היחסים הפנימיים בין אריאן לגרבנאו ככל שהם נוגעים להתחייבותה של אריאן כלפי הרבסט על פי חוזה ההלוואה לשעבר את הדירה כבטחון לאשראי שהרבסט אמור לתת לאריאן. בית המשפט העליון אישר את ממצאי בית המשפט המחוזי לפיהם אריאן פעלה במסגרת ההרשאה שקבלה מגרבנאו וקבע כי התחייבות אריאן כלפי הרבסט נעשתה בשם גרבנאו ובמסגרת יחסי השליחות ביניהם (שם, פסקה 5). קביעות חלוטות אלה של בית המשפט העליון בהליך המקביל להליך זה מחייבות בבחינת "השתק פלוגתא" גם בענייננו, בהיותן קביעות בשאלות שנדרשו לצורך הענין ובהיות הצדדים בשני ההליכים זהים זה לזה (זלצמן, מעשה בית דין בהליך אזרחי, תשנ"א, עמ' 137; ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פד"י כב(2) 561-4-583).

לאור האמור, אין למתוח אבחנה בין אריאן לגרבנאו לענין אחריותן החוזית כלפי וינברג, ודינן זהה בסוגיה זו.

אחריותן החוזית של אריאן וגרבנאו כלפי וינברג

21. בית המשפט המחוזי קבע כי אריאן וגרבנאו הפרו את חובותיהם החוזיות כלפי וינברג על פי חוזה המכר. הם פעלו בחוסר תום לב כאשר בצעו עסקאות נוגדות, בו זמנית, עם וינברג ועם הרבסט, מבלי שגילו את מלוא המידע בענין זה לוינברג. גם אם היה שמץ של איזכור לענין המשכנתא הראשונה בחוזה המכר, מכל מקום, לאחר העברת התמורה בסך 60,000 דולר לידי המוכרים, היה עליהם על פי הוראות החוזה להסיר את המשכנתא. בית המשפט מצא כי המוכרים הפרו את התנייה החוזית שחייבה אותם להעביר את הבעלות בדירה לזכות הקונים כשהיא נקיה מכל זכויות צד שלישי, ועליהם להיטיב את נזקי הקונים עקב הפרה זו.

לא יכול להיות ספק כי המוכרים הפרו את חובתם החוזית להעביר את הבעלות בדירה על שם הקונים כשהיא משוחררת מזכויות צד שלישי לאחר תשלום מלוא

התמורה (סעיף 4(ב) לחוזה המכר). במבוא להסכם הצהירו וינברג כי ידוע להם שבעת עריכת ההסכם רשומה משכנתא או קימת זכות למשכנתא על הדירה, אך בסעיף 4(א) להסכם התחייבו המוכרים להסיר את המשכנתא בתוך 7 ימים מיום שיקבלו סך 60,000 דולר על חשבון מחיר הדירה. אין חולק כי מלוא התמורה עבור הדירה שולם עד ליום 23.12.84. חרף זאת, התמורה ששולמה לא הופנתה על ידי המוכרים לסילוק החוב להרבסט, וממילא ההתחייבות לרישום משכנתא לזכותו לא סולקה וזכות הבעלות הרשומה לא הועברה לשמם של וינברג, תוך הפרה מהותית של הוראות חוזה המכר. הפרות אלה, גם כשהן לעצמן, מבססות עילה טובה בידי הקונים לפיצויים חוזיים על הפרת התחייבות המוכרים להסרת ההתחייבות למשכנתא לטובת הרבסט ולהעברת זכות הבעלות על הדירה לשמם.

ומעבר לכך, נראה כי התנהגות המוכרים נגועה בחוסר תום לב כלפי הקונים הן בשלב ההתקשרות החוזית עם הקונים והן בשלב ביצועו של חוזה המכר. חוסר תום הלב בא לידי ביטוי באי גילוי מלוא העובדות הצריכות לעניינם של הקונים ובהטעייתם, וזאת במובנים הבאים:

אמת הדבר, הן זכרון הדברים והן הסכם המכר מאזכרים קיומה של זכות צד שלישי לנכס – בין משכנתא רשומה ובין התחייבות לרישום משכנתא. הנחה זו הביאה גם להסדר החוזי לפיו תשלום של 60,000 דולר מהתמורה החוזית תביא לסילוק המשכנתא. הקונים ידעו, איפוא, כי הם רוכשים דירה הכפופה לזכויות צד שלישי, אלא שהסתמכו על התחייבות המוכרים להסיר את השעבוד לאחר תשלום החלק הארי מתמורת הדירה.

אולם, המוכרים לא גילו לקונים כי זמן קצר קודם להתקשרות עמם חתמו על הסכם מסגרת עם הרבסט, בו התחייבו להטיל שעבוד על הדירה כדי להבטיח הלוואות שהוא עתיד לתת להם, מעת לעת, ובאופן מתמשך. אין מדובר בהסכם למתן הלוואה אחת, כי אם לקשר מימון שוטף שהדירה אמורה היתה לשמש לו בטחון (סעיף 4(ב) להסכם ההלוואה). כן התחייבו אריאן כלפי הרבסט כי לאורך כל תקופת הקשר העיסקי ביניהם לא תיעשה כל עסקה אחרת בדירה, אלא בכפוף לכך שהרבסט יסכים לכך מראש ובכתב. ברי, כי התחייבות אריאן כלפי הרבסט לא עלתה בקנה אחד עם התחייבות המוכרים כלפי וינברג על פי חוזה המכר לסלק את המשכנתא לאחר תשלום של 60,000 דולר, בשים לב לכך שעל פי הקשר החוזי בין המוכרים לבין הרבסט שעבוד הדירה אמור היה להבטיח הסדר קבלת אשראי מתמשך להבדיל מהלוואה חד-פעמית. סביר להניח כי אילו ידעו הקונים בעת התקשרותם בחוזה המכר את תוכן התחייבות המוכרים

להרבסט, כי אז ספק אם היו מתקשרים בעסקה זו, מתוך חשש מוצדק כי זכותו הקודמת בזמן של הרבסט לגבי הדירה תסכל את יכולתם שלהם לרכוש זכות בעלות מלאה בנכס. ואכן, העובדה כי תמורת חוזה המכר ששולמה על ידי הקונים לידי המוכרים לא הועברה להרבסט לפרעון החוב, וההתחייבות למשכנתא כלפיו לא בוטלה, מעידים, בבחינת מאוחר המעיד על המוקדם, כי המוכרים לא התכוונו, ואולי אף לא יכלו, ליישב בין התחייבויותיהם הסותרות להרבסט ולוינברג. הם הטעו בהתנהגותם הן את הרבסט והן את וינברג. הם הפרו את חובתם כלפי הקונים לנהוג בתום לב במסגרת המשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה המכר; הם נהגו בחוסר תום לב במהלך ביצועו של חוזה המכר (סעיפים 12(א) ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; סעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; פרידמן, כהן, חושים, כרך ג', עמ' 315, (מפרי עטו של פרופ' מ. מאוטנר); רע"א 6339/97 דוקר נ' סלומון, פד"י נה(1) 199, 275; בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פד"י מז(4) 702, 708). המוכרים חבים פיצוי לוינברג על הפרות אלה של חובותיהם החוזיות.

תרופות

22. וינברג תבעו נזקים הבנויים על שלושה ראשים: פיצוי בשווי מלוא התמורה המשווערכת ששולמה עבור הדירה, הנאמד למועד הגשת התביעה בסכום של 471,626 ₪; הוצאות משפט שנאמדו בסך 75,000 ₪ ועוגמת נפש בסך 150,000 ₪. בית המשפט המחוזי קבע כי אין מקום לפיצוי וינברג על שווי הדירה מן הטעם שהם קבלו חזקה פיסית בדירה במסגרת המועדים החוזיים והם מתגוררים בה לאורך השנים ונהנים משימוש בה חרף היותה כפופה למשכנתא לטובת הרבסט. הוא פסק לוינברג הוצאות בשיעור 75,000 ₪ ועוגמת נפש בשיעור זהה, ובסך הכל 150,000 ₪.

אין מקום להתערב בפיצוי שנפסק לקונים בגין הוצאות ועוגמת נפש. שיעור הפיצוי בגין הוצאות מעוגן בפירוט הוצאות שהגישו וינברג בתצהיר גב' וינברג (ת/1). הפיצוי בגין עוגמת נפש נפסק על פי שיקול דעתה של הערכאה הדיונית בפניה הונחה התשתית הראייתית. חוסר תום ליבם של המוכרים והעסקאות הסותרות שביצעו בו-זמנית עם הקונים ועם המלווה, בלא לחשוף את מלוא הפרטים הקשורים בכך, הסב לוינברג עוגמת נפש מרובה. אף ששלמו את מלוא תמורת הדירה וקבלו את החזקה בה, נותרה הדירה כפופה למשכנתא לטובת הרבסט שאינה מאפשרת העברת הבעלות בדירה על שמם. הם נותרו תלויים ביכולתם וברצונם של אריאן וגרבנאו לפרוע את החובות להרבסט, כתנאי להסרת המשכנתא מהדירה ולרישום הבעלות על שמם. נסיבות אלה הסבו עוגמת נפש מרובה לוינברג המזכה אותם בפיצוי ממשי. נזק בלתי ממוני נפסק במסגרת סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות) התשל"א-1970 בשיעור שייראה לבית

המשפט בנסיבות הענין (שלו, דיני חוזים, מהד' 2, עמ' 586; ע"א 1371/90 דמתי נ' גנור, פד"י מד(4) 847, 858; ע"א 611/89 דרוקר נ' נחמיאס, פד"י מו(2) 60). בהיות שיעור הפיצוי הלא-ממוני נתון לשיקול דעת הערכאה הדיונית, ממילא בית משפט של ערעור יטה שלא להתערב בכך אלא במקרים חריגים. אמת הדבר, כי מעשיהם של המוכרים כלפי וינברג גבלו במעשי הטעייה ואפשר שהגיעו אף כדי מעשי מרמה. עם זאת, לוינברג היתה גם אשמה תורמת במציאות הסבוכה אליה נקלעו. ראשית, הם היו אמורים להבין ולצפות מתוך הוראות זכרון הדברים וחווה המכר כי הדירה שהם מבקשים לרכוש כפופה לזכויות צד שלישי – בין זכויות רשומות ובין זכויות העתידות להירשם. היה עליהם לבדוק ביתר שימת לב את פרטי הדברים לעומקם ולהימנע מהתקשרות בהסכם כל עוד לא תיפרש בפניהם תמונת הנתונים בשלמותה. בהתנהגותם, הם לקחו על עצמם סיכון, ואפשר אף סיכון מחושב. אין להוציא מכלל אפשרות כי כפיפותה של הדירה לזכויות צד שלישי התבטא בגובה תמורת המכר, וכי עובדה זו היא שהמריצה את וינברג ליטול את הסיכון ולהתקשר בעסקה שהיתה, על פניה, כפופה לזכויות צד שלישי. עוד יצויין כי גם כאשר התבררה לקונים התסבוכת המשפטית הקשורה לעיסקת הרבסט, וגם לאחר שבא כוחו פנה אליהם וביקש כי יעבירו את יתרת מחיר הדירה שטרם שולמה ישירות להרבסט כדי לאפשר את פרעון החוב והסרת השעבוד על הדירה, הם התכחשו לכך והעבירו את מלוא התמורה, אף קודם למועד החוזי, ישירות לידי המוכרים, כדי לזכות בחזקה הפיסית בדירה מוקדם ככל האפשר. בכך העמיקו את התסבוכת המשפטית שנוצרה, והרחיקו את האפשרות כי החוב להרבסט ייפרע, והמשכנתא תוסר. הם הביאו במעשה זה לכך שיתרת התמורה נשארה בכיסם של המוכרים, ולא הועברה לידיהם של הרבסט וממילא השעבוד לא סולק. מציאות מורכבת זו מצביעה על כך שאף שעיקר האשם בנזקם של וינברג רובץ על המוכרים, גם לפתחם שלהם רובצת אחריות תורמת לא מבוטלת אשר, אלמלא נתקיימה, אפשר וניתן היה להקטין את נזקם באופן משמעותי, ואולי אף להשיג פתרון כולל מחוץ לערכאות המשפט לתסבוכת שנוצרה. בנסיבות המתוארות, ובהתחשב בתרומתם היחסית של הקונים לנזק שנגרם להם, אינני רואה מקום להתערב בהערכת הפיצוי בגין עוגמת נפש כפי שנפסק בידי בית המשפט המחוזי.

אין מקום להתערב גם במסקנת בית המשפט המחוזי לפיה אין לפסוק פיצוי לוינברג בשיעור מלוא התמורה המשוערכת ששולמה עבור הדירה. וינברג אמנם שלמו למוכרים את מלוא תמורת הדירה ולא קבלו זכות בעלות בה, כשהיא נקיה מזכויות צד שלישי, בהתאם לזכותם על-פי החווה. אולם מנגד, הם קבלו את החזקה בדירה והם מתגוררים בה לאורך שנים. הם לא עשו שימוש בזכותם החוזית לבטל את חווה המכר, וממילא לא בקשו השבה של כספי התמורה ששלמו. בתנאים אלה, הם אינם יכולים

בעת ובעונה אחת להחזיק בדירה ולהשתמש בה, ובמקביל לכך, לקבל פיצוי כשווי מלוא התמורה המשווערכת ששילמו. פיצוי כזה חורג באופן ברור מהנזק הממשי שנגרם להם עקב הפרות חוזה המכר על ידי המוכרים. נראה, אכן, כי נזקם של הקונים גדול מכפי היקף הפיצוי שבפועל נפסק להם על ידי הערכאה הדיונית. נזקם האמיתי משתקף בירידת הערך של דירתם המתבטאת בכך כי הבעלות בדירה לא הועברה לשמם וכי הדירה משועבדת במשכנתא ראשונה לצד שלישי. ירידת ערך זו ניתנת להערכה בהתאם לפער הקיים בין שווי הדירה בשוק כאשר הבעלות בה רשומה על שם הקונים וכאשר היא נקיה מזכויות צד שלישי, לבין שווייה בשוק כאשר הקונים הינם בעלי זכות חזקה פיסית בה, אך הבעלות בה אינה רשומה על שמם, והיא משועבדת במשכנתא ראשונה לצד שלישי. פער כזה ניתן להערכה שמאית ולכימות כספי, והוא עשוי לבטא נכונה את הנזק שנגרם לקונים (קציר, תרופות בשל הפרת חוזה, 1991, חלק ב', עמ' 958, 963-969). לחלופין, אפשר וניתן היה לבסס את תביעת הסעד על שיעור החוב המשווערך להרבסט, נכון למועד מתן פסק הדין, כמייצג את נזקם של וינברג, אשר פרעונו היה מעניק להם בעלות בדירה נקיה מזכויות צד שלישי. דא עקא, שבתביעתם לא העלו וינברג קווי טיעון והוכחה מסוג אלה, וממילא לא הונחה תשתית ראייתית כלשהי באשר להערכת הנזק הממשי שנגרם להם בעקבות הפרת חוזה המכר על ידי המוכרים. הם אף לא בקשו לתקן את תביעת הפיצויים במהלך הדיון. הם לא טענו טענות בכיוון זה בסיכומי טענותיהם בערכאה הדיונית, ואף לא בערעור. בתנאים אלה, החסר האמור בתשתית התביעה והראיות לא היה ניתן לריפוי ביוזמת הערכאה הדיונית, ועל אחת כמה וכמה, ביוזמת ערכאת הערעור. ממילא, אין מנוס מדחיית תביעתם של הקונים ביחס למרכיב נזק זה, אף שנהיר וברור הוא כי הפיצוי הכולל שנפסק להם אינו משקף את מלוא הנזק האמיתי שנגרם להם עקב התנהגות המוכרים כלפיהם.

חבות הרבסט כלפי וינברג בנוזיקין

23. תביעת וינברג כנגד הרבסט מתבססת על עוולת רשלנות שעיקריה הם כי הרבסט התרשל כלפי וינברג בכך שבמשך למעלה מחודשיים ימים השהה את רישום המשכנתא על הדירה לטובתו ובכך יצר מצג כלפי הקונים כאילו הנכס חפשי מכל זכות כלפי צד ג' – מצג שבעקבותיו פעלו וינברג ושלמו את יתרת מחיר הדירה ישירות למוכרים, ובכך מנעו את סילוק החוב להרבסט והסרת השעבוד מהדירה.

בית המשפט המחוזי ניתח בהרחבה את שאלת אחריותו של הרבסט והגיע למסקנה כי הוא אינו אחראי ברשלנות כלפי הקונים. הוא פסק כי קביעות בית המשפט העליון בערעור בתובענת הרבסט, מהם ניתן היה להסיק כי התרשל בהתנהגותו כלפי וינברג, אינן בבחינת השתק פלוגתא וזאת מאחר שלא היו צריכות לנושא שבמחלוקת,

ונאמרו בשולי הדברים. לגופו של ענין נקבע כי טווח הזמן שלגביו יש לבחון את התנהגותו של הרבסט משתרע על 12 ימים בלבד המתחילים ב-10.10.84 הוא יום עריכת חוזה ההלוואה בין הרבסט לאריאן - לבין ה-22.10.84 – הוא היום בו רשמו הקונים הערת אזהרה לטובתם. נסיבות אלה אינן מגיעות כדי התרשלות וזאת הגם שבסופו של דבר נרשמה הערת אזהרה לטובת הרבסט ביום 24.12.84, בחלוף כחודשיים וחצי מיום עריכת עיסקת ההלוואה.

דעתי גם היא כי יש לדחות את תביעת הרשלנות כנגד הרבסט, אף שדרכי למסקנה זו שונה במקצת מזו של בית המשפט המחוזי.

קביעות פסק הדין בערעור הרבסט – האם השתק פלוגתא?

24. בית המשפט העליון בערעור הרבסט נתבקש לבחון את שאלת היחס בין העסקאות הנוגדות שערכו אריאן וגרבנאו עם הרבסט מצד אחד (עיסקת ההלוואה), ועם וינברג מצד שני (עיסקת המכר). סתירה זו בין העסקאות הנוגדות נבחנה על רקע סעיף 9 לחוק המקרקעין, ומסקנת בית המשפט היא כי על פי הוראת חוק זו, העסקה עם הרבסט עדיפה על זו שנערכה עם וינברג מחמת קדימותה בזמן, ומאחר שעיסקת המכר לא השתכללה ברישום כנדרש בסעיף 9 סיפא לחוק המקרקעין. בפני בית המשפט העליון נטען, בין היתר, כי התרשלות הרבסט ברישום הערת אזהרה בדבר זכותו לרישום משכנתא שוללת ממנו את הקדימות שאחרת היתה מוענקת לו מכח סעיף 9 לחוק המקרקעין. בית המשפט אימץ את קביעת הערכאה הדיונית, לפיה הרבסט התרשל בכך שלא רשם הערת אזהרה בדבר זכותו במשך חודשיים וחצי. עם זאת הוא קבע כי להתרשלות זו אין השלכה על התוצאה הקניינית המתחייבת מסעיף 9 לחוק ביחס לסדר הקדימות בעסקאות הסותרות. הוא סיכם את דבריו בענין זה באומרו (שם, פסקה 9):

”מקובלת עלינו הגישה כי בכל הנוגע לתחרות בין שתי הזכויות הנוגדות, יד הראשונה (על פי סעיף 9) על העליונה, ואין בהתרשלותו של הראשון בזמן כדי לשנותה. נוכל להשאיר בצריך עיון את שאלת האחריות בנזיקין”.

צדק בית המשפט קמא בענייננו משקבע כי אין לראות את דברי בית המשפט בערעור הרבסט כהשתק פלוגתא בסוגיית רשלנותו של הרבסט ביחס לרישום הערת האזהרה. ארבעה תנאים נדרשים לצורך קיום השתק פלוגתא: זהות הפלוגתא ברכיביה העובדתיים והמשפטיים; קיום התדיינות בפלוגתא בין הצדדים; סיום ההתדיינות

בהכרעה מפורשת או מיכללא של בית המשפט בקביעת ממצא פוזיטיבי, להבדיל מממצא של חוסר הוכחה; ואחרון – והחשוב לענייננו – ההכרעה בפלוגתא חיונית לצורך פסק הדין שניתן בתובענה הראשונה, להבדיל מהכרעה שאינה נדרשת לצורך פסק הדין (זלצמן, שם, עמ' 141; ע"א 1041/97 סדרו נ' נעלי תומרס, פד"י נד(1) 642; ע"א 1650/00 זיסר נ' משרד הבינוי והשיכון).

השאלה שבמחלוקת בערעור הרבסט התמקדה בסדר הקדימות בין העסקאות הנוגדות במישור הקנייני. בית המשפט באותו ענין הניח כי השאלה אם הרבסט התרשל ברישום הערת האזהרה איננה מעלה או מורידה לצורך בחינת סדר הקדימות בין העסקאות במישור הקנייני. ממילא, אמירותיו בכל הקשור לשאלת התרשלותו של הרבסט הינן אמירות אגב אורחא שאינן נדרשות לצורך פסיקתו. משכך, אין הן בבחינת השתק פלוגתא. השאלה אם הרבסט התרשל כלפי וינברג בכל הקשור לרישום זכותו במירשם ואם הוא חב כלפיהם בנזיקין נותרה, איפוא, פתוחה, ובירורה נדרש במסגרת הליך זה.

הילכת גנ, עקרון תום הלב, והשפעתם על האחריות בנזיקין

25. לפנינו עסקאות נוגדות בנכס מקרקעין, שהאחת קודמת בזמן לחברתה. השאלה היא האם בעל העסקה הראשונה חב חובה בנזיקין כלפי בעל העסקה השניה הנוגדת לרשום את זכויותיו במירשם כדי להתריע בפניו ובפני רוכשים פוטנציאליים אחרים על דבר היותו בעל עסקה ראשונה בנכס, ואם כן – אלו אמצעים עליו לנקוט כדי לצאת ידי חובת הנטל המוטל עליו, כאמור.

אחריות הרבסט כלפי וינברג במישור הנזיקין

26. האם חלה על הרבסט חובת זהירות בנזיקין כלפי וינברג לרשום הערת אזהרה בדבר זכותו לשעבוד על הדירה מכח הסכם ההלוואה עם אריאן באופן שהפרתה עשויה לזכות את וינברג, כבעל העסקה השניה הנוגדת, בפיצוי-נזק? שאלה זו התעוררה בעבר בהקשרים שונים, אולם כיום יש לבוחנה מחדש על רקע הילכת גנ (ע"א 2643/97 גנ נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פד"י נז(2) 385). הלכה זו הביאה עמה חידוש פסיקתי בניתוח מערכת היחסים בין בעלי עסקאות נוגדות מעין-קנייניות במישור הקניין. אף שהיא מקפלת בתוכה חידוש הנוגע במישרין למישור הקניין, יש בה כדי לאצול גם למישור דיני הנזיקין, בהביאה תפיסה חדשה ביחס לקיום חובת זהירות מושגית בתחום עוולת הרשלנות החלה על בעל עסקה במקרקעין קודמת בזמן, כלפי בעל עסקה נוגדת, מאוחרת בזמן.

חשיבותה המיוחדת של הילכת גזז נעוצה בקביעה כי עקרון תום הלב כמושג כללי החולש על כל תחומי המשפט, פועל גם בדיני הקניין ומשפיע על האופן בו מופעלות הזכויות בתחום הקניין. על-פי אותה הלכה, על בעל זכות במישור הקניין להפעיל זכותו בתום לב. מוטלת עליו חובה, בבחינת אמת מידה אובייקטיבית, לנהוג בהגינות בהפעלת זכותו, תוך התחשבות באינטרס של הזולת. בכך מתגשם סדר חברתי כללי הולם, הנותן ביטוי לזכויות הפרט תוך התחשבות בצרכיהם של אחרים, אגב איזון הולם ביניהם.

כדברי הנשיא ברק, שם, בעמ' 400 :

"תום הלב מניח כי בעל הזכות דואג להבטיח את זכותו. עם זאת, תום הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר ובהתעלם מהאינטרס החברתי. אכן, תום הלב קובע אמת מידה אובייקטיבית של התנהגות הוגנת של בעל זכות המבקש על רקע האינטרס החברתי הכולל להגשים את האינטרס העצמי תוך התחשבות באינטרס של הזולת".

חובת תום הלב, היקפה ותוכנה, נלמדים מאופייה של זכות הקניין בה מדובר, ומאופי האינטרסים הנוגעים לאותה זכות. חובת תום הלב חלה גם בהפעלת זכויות במסגרת עסקאות נוגדות במקרקעין שחל עליהן סעיף 9 לחוק המקרקעין, בין אם המוכר הינו בעלים רשום של הנכס, ובין אם הוא בעל זכות מעין-קניינית בו, שאיננה רשומה. על-פי הוראה זו, ניתנת עדיפות לבעל העסקה הראשונה אלא אם כן בעל העסקה השניה המאוחרת בזמן פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו השתכללה ברישום בעודו תם לב. אולם מקום שהעסקה השניה לא השתכללה ברישום, וקיימת תחרות בין שתי עסקאות מעין-קנייניות, הפעלתן של הזכויות במסגרת עסקאות אלה כפופה לחובת תום הלב. פירוש הדבר, כי על בעל העסקה הראשונה חלה חובה מכח עקרון תום הלב לרשום הערת אזהרה במירשם על זכותו מכח העסקה הראשונה. באמצעות רישום כאמור, הוא מגן לא רק על האינטרס שלו עצמו אלא גם על עניינו של האחר, העשוי לעשות עסקה בנכס בשלב מאוחר יותר, ועלול להיפגע מקום שהמרשם אינו משקף את מצבו האמיתי של הנכס. בהימנעו מלרשום הערת אזהרה מקום שרישום כזה אפשרי, מניח בעל העסקה הראשונה בסיס ל"תאונה משפטית" המתרחשת בקיומן של עסקאות הנוגדות. כאשר בעל העסקה הראשונה לא עשה את מה שניתן היה לעשות כדי למנוע את הפגיעה בבעל העסקה הנוגדת המאוחרת, הוא נהג בחוסר תום לב. מצב זה עשוי לגרור העדפת זכותו של בעל העסקה השניה במישור הקנייני. חובת תום הלב

איננה מצטמצמת לבעל העסקה הראשונה. היא חלה גם על בעל העסקה השניה. אם, למשל, מסתבר כי חוסר תום לבו של בעל העסקה המאוחרת הוא שהביא לנזק שנגרם לו, הכרוך בהתקשרותו בעסקה הנוגדת, עלולה זכותו של האחרון לסגת בפני זו של בעל העסקה הראשון, גם אם זה הפר את חובתו לרשום הערת אזהרה תוך זמן סביר. וכך, המדובר ב"כלים שלובים ובקשר משפטי הדוק המחייב התחשבות בתום לב של כל אחד מהצדדים" (פרשת גנז, שם, עמ' 407).

חובת תום הלב אין פירושה אחריות מוחלטת שאינה מתחשבת בתנאים, בנסיבות ובאמצעים האובייקטיביים הניתנים למימוש בידי בעל הזכות בתחום הקניין. עמידה בחובת תום הלב פירושה נקיטה באמצעים סבירים וזמינים הניתנים למימוש בידי בעל העסקה כדי להגן על אינטרס סביר של הזולת. כך למשל, אם בשל נסיבות אובייקטיביות לא יכול בעל העסקה לבצע את הרישום, או שיש טעם סביר אחר לאי ביצועו, כי אז לא ייראה בעל העסקה הראשון כמי שהפר את חובת תום הלב, וזכות הבכורה שלו על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין לא תיגרע. גם העיתוי לרישומה של ההערה בידי בעל הזכות אינו גורם קשיח אלא הוא תלוי-נסיבות העניין, ובדרך כלל אין דרישה לרישום מיידי של ההערה כחלק בלתי נפרד של העסקה, אלא בתוך זמן סביר לאחר כריתתה. עד כאן, לתחולת עקרון תום הלב בהכרעה בין עסקאות נוגדות בתחום הקניין.

עקרון תום הלב בדיני הקניין והשפעתו על גיבוש החובה בנזיקין

27. מה מידת השפעתה של ההכרה בקיומה של חובת תום לב בהפעלת הזכות במישור דיני הקניין על קיומה של חובת זהירות מושגית בנזיקין על בעל העסקה הראשונה כלפי אלה העלולים להיפגע מהעדר רישום הערת אזהרה במירשם, ובמיוחד כלפי בעל עסקה שניה נוגדת, אשר נקשרה בלא ידיעה על העסקה הראשונה?

פרשת גנז לא נדרשה לשאלה זו. אפשרות קיומה של חובת זהירות על בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה הועלתה בעבר והושארה בצריך עיון (ע"א 1235/90 הרבסט נ' אריאן, פד"י מו(4) 661, 672; ע"א 328/94 מילר נ' יוסף, פד"י נ(3) 378, 382; פרשת גנז, שם, עמ' 407) אנו נדרשים לשאלה זו עתה.

ההכרה המשפטית בדבר קיומה של חובת תום הלב בהפעלת זכות במישור דיני הקניין והשפעתה על התחרות בין עסקאות נוגדות בקניין מקרינה במישורין גם לתחום האחריות בנזיקין ולהגדרת חובת הזהירות המושגית בעוולת הרשלנות. חובת תום הלב, מכוחה מוטל על בעל העסקה הראשונה נטל רישום הערת אזהרה כדי להזהיר את בעל

העסקה המאוחרת הפוטנציאלי מפני התקשרות בעסקה נוגדת, אוצלת במישרין על גיבושה של חובת זהירות בנזיקין המוטלת על בעל עסקה כזה, שבהפרתה הוא עשוי להתחייב בפיצוי כלפי בעל העסקה השניה אם זה סבל נזק ממחדלו. אף כי חובת תום הלב בהפעלת זכות במישור הקניין אינה בהכרח זהה לחובת הזהירות המושגית ברשלנות החלה על בעל העסקה הראשונה, יש ביניהן קווי דמיון והשקה ולא מעט מן המשותף בתכלית החברתית והמשפטית שעל יסודה הן נבנו, גם אם היסודות הנדרשים לביסוסן המשפטי והתוצאות המשפטיות הנובעות מהחלתן אינן חופפות בכלל זה לזו.

יסודות עולת הרשלנות בהקשר לחובת רישום הערת אזהרה

28. על פי ההלכה הפסוקה, עולת הרשלנות בנויה ממספר מרכיבים שבהצטברותם מולידים הם חבות בנזיקין: חובת זהירות מושגית של המזיק כלפי הניזוק, קיומה של חובת זהירות קונקרטית של המזיק כלפי הניזוק, הפרתה של חובת הזהירות וקיומו של קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק שנגרם (ע"א 145/80 ועקנין נ' מועצה מקומית בית שמש, פד"י (1) 113, 122).

חובת זהירות מושגית קמה על פי מבחן הציפיות, קרי: האם אדם סביר צריך היה לצפות להתרחשות הנזק, בבחינת ציפיות נורמטיבית, פרי שיקולים של מדיניות חברתית, מקום בו ניתן לצפות את הנזק כעניין טכני. וכך מוגדרת אותה מדיניות משפטית בהקשר לגיבוש האחריות המושגית:

"בית המשפט מתחשב בצורך להבטיח חופש פעולה מזה ובצורך להגן על הרכוש והגוף מזה. הוא מתחשב בסוג הנזק ובדרכי התרחשותו. הוא לוקח בחשבון את השפעת פסיקתו על דרכי התנהגותם של הבריות בעתיד. הוא שוקל את המעמסה הכספית אשר תוטל על סוג מסוים של מזיקים או ניזוקים בעקבות החלטתו. שיקולים אלה ואחרים מתאזנים בכור הכרתו השיפוטית של בית המשפט, תוך שהוא שוקלם במאזני צדק, ועל פיהם הוא קובע את היקפה וגבולותיה של חובת הזהירות המושגית..."

(השופט ברק בפרשת ועקנין, שם, עמ' 123).

בעל עסקה ראשונה שאינו רושם הערת אזהרה גם כאשר ניתן בידיו לעשות כן, יכול לצפות שמחדל זה עלול לגרום נזק לאחר, העשוי להתקשר בעסקה מאוחרת נוגדת, בהניחו, בטעות, בהעדר רישום, כי הוא רוכש זכות בנכס נקי מזכויות צד שלישי. ציפיות כזו קימת כעניין טכני. שיקולי מדיניות משפטית חברתית מצדיקים קיומה של חובת זהירות מושגית, אשר תחייב, כעניין נורמטיבי, את בעל העסקה

הראשונה לנקוט בפעולת רישום כדי להגן בכך לא רק על עצמו אלא גם על אינטרסים של אחרים העלולים להיפגע בהעדר רישום כזה. חובת רישום הערת אזהרה מקום שניתן באופן אובייקטיבי לבצעה, איננה כרוכה במאמץ מיוחד. היא משרתת בראש וראשונה את האינטרס של בעל העסקה עצמו. היא חשובה כדי להזהיר את כולי עלמא בדבר זכויותיו ולמנוע תקלה משפטית ומעשית לבעלי עסקה פוטנציאליים מאוחרים העלולים להיקלע עקב חוסר במידע מלא, לביצוע עסקאות נוגדות. היא משתלבת באורח הרמוני בתפיסה המשפטית המכירה בקיומה של חובת תום הלב בתחום דיני הקניין, המחייבת פעולת רישום כזו גם לצורך רכישת מעמד בכורה בתחרות בין עסקאות נוגדות במישור דיני הקניין. היא יוצרת קורלציה הגיונית וערכית בין החובה בתחום דיני הקניין לחובה בתחום דיני הנזיקין.

לצורך עוולת הרשלנות, בצד החובה המושגית, נדרשת קיומה של חובה קונקרטית, הבוחנת האם בין צדדים ספציפיים, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, קמה חובת זהירות קונקרטית להוציא מן הכח אל הפועל את החובה הנורמטיבית החלה על פעילות אנושית מסוג זה. בהקשר זה יש לבחון האם אדם סביר יכול היה בנסיבות הקונקרטיות של המקרה לצפות את התרחשות הנזק, ואם כן – האם צריך היה, כעניין שבמדיניות משפטית, לצפות נזק זה. כאן יש לבחון, בראש וראשונה, את השאלה האם בנסיבות הספציפיות של העניין ניתן היה לרשום הערת אזהרה, או שמא היתה מניעה אובייקטיבית לכך. כן תיבחן השאלה האם נתקיים טעם סביר אחר, בין טעם שבמדיניות כללית ובין טעם הנעוץ בנסיבותיו המיוחדות של העניין, השולל צורך לצפות את התרחשות הנזק בהקשר הנסיבות הקונקרטי. כך, למשל, בהעדר הסכמה של הבעלים הרשום לרישום הערת אזהרה, לא יכול בעל העסקה לרשום הערה כאמור; או מקום שקימות נסיבות שבמדיניות חברתית המצדיקות הימנעות מהטלת נטל הרישום על בעל העסקה הראשונה (ראה מאמרו של דויטש, שם, עמ' 5-194; והשווה ע"א 1217/03, 1249/03 חנא נ' ח'אזון (טרם פורסם)). קשת המקרים והאפשרויות שבמסגרתם לא תחול חובה קונקרטית על בעל העסקה הראשונה היא רחבה ומגוונת, ואיננה ניתנת להגדרה מראש.

שאלת הפרת חובת הזהירות נקבעת אף היא על פי אמות מידה אובייקטיביות, המושתתות על מימד הסבירות. השאלה בהקשר זה היא מהם האמצעים הסבירים שעל בעל העסקה הראשונה לנקוט בהם כדי לצאת ידי חובת הזהירות הקונקרטית החלה עליו. בתוך כך, עשוי להישאל מהם גבולות הזמן הסביר שבתחומם יש לצפות כי בעל העסקה יעמוד בחובת הרישום. קיומה של חובה בנזיקין אינה מניחה, דרך כלל, צורך

ברישום בו-זמני לעריכת העסקה. המועד לביצוע חובת הרישום הוא ענין לשיקולי סבירות בהתאם לנתוני הענין.

כדי לבסס קיומה של עוולה נזיקית, על בעל העסקה השניה להצביע גם על קשר סיבתי בין אי רישום ההערה לבין הנזק שנגרם לו (סעיף 64 לפקודת הנזיקין). התנהגותו של בעל העסקה השניה הניזוק עשויה להיות רלבנטית הן לענין הקשר הסיבתי המשפטי הנדרש לביסוס עוולת הרשלנות כלפיו והן לענין אשם תורם מצדו. מעשי הניזוק עצמו עשויים לנתק את הקשר הסיבתי המשפטי בין אי רישום הערת האזהרה לבין הנזק, ככל שאלה היו הסיבה המכרעת לנזק (סעיף 64(2) לפקודת הנזיקין; ועקנ'ן, שם, עמ' 146). התנהגותו של בעל העסקה השניה עשויה ללקות באשם תורם, כגון אם הוא עצמו התרשל או כלל לא התענין בבדיקת נתוני הענין שמהם ניתן היה להסיק כי הנכס נשוא העסקה היה נתון לעסקה קודמת שלא נרשמה בגינה הערת אזהרה.

הילכת גנז סללה את הדרך להכרה בקיום חובה מתחום דיני הנזיקין על בעל העסקה הראשונה כלפי בעל עסקה מאוחרת פוטנציאלי באותו נכס להזהירו באמצעות רישום מתאים מפני סכנה צפויה מהתנגשות משפטית בין עסקאות נוגדות (השווה פסקי דינם של השופטים שטרסברג-כהן וריבלין בפרשת גנז, שם). הנכונות להכיר בקיומה של חובה כזו באה לידי ביטוי בכתיבה המחקרית בעקבות פרשת גנז. במאמרו נטל הרישום של הערת אזהרה במקרקעין – הילכת גנז והשלכותיה, הפרקליט מז, חוברת א', עמ' 181, אומר פרופ' מיגל דויטש (שם, עמ' 189):

”... הבסיס הענייני להטלת הנטל הנדון (נטל הרישום של הערת אזהרה – א.פ.) טמון ברעיון ההתרשלות. הרוכש הראשון חב חובת זהירות כלפי הרוכש המאוחר. עליו לצפות כי כל מי שיבקש לרכוש את הנכס, ייפגע בהעדר רישומה של הערת אזהרה. גם ברמה של האחריות הנזיקית היינו רואים את הרוכש הראשון כאחראי לנזק של הזכאי המאוחר במקרה כזה, אם מחליטים שאין לחסום את עדיפותו... איננו סבורים כי מדובר בהקשר זה בהטלת חובה רחבה ובלתי ראויה כלפי ציבור בלתי מוגדר. קבוצת הנפגעים העקרונית ברורה: רוכשים אפשריים של הנכס. נדיר ביותר יהיה מקרה שבו תתבצע יותר מעסקה נוגדת אחת, שכן יש להניח שלרוב הרוכש השני ירשום הערה. על כן, סכום הנזק הוא בדרך כלל ברור: שווי הנכס כנזק מירבי, וזאת אם הזכאי המאוחר לא יצליח להיפרע מהמוכר. יתכן כי את הטלת האחריות הנזיקית ניתן גם לבסס על התיזה

המתפתחת עתה בספרות המשפטית, הרואה בנסיבות מסוימות התרשלות עצמית כרשלנות כלפי הזולת".

הגבולות בין עקרון תום הלב בדין הקניין לבין חובת הזהירות בנזיקין ביחס לחובת רישום הערת אזהרה על ידי בעל העסקה הראשון אינם ניתנים לתחימה מדויקת. וכך, יחסי הגומלין בסוגיית העסקאות הנוגדות בין דין הקניין, על עקרון תום הלב הטמון בו, לבין דין הנזיקין, על חובת הזהירות שבו, טעונים מורכבות משפטית. לעיתים, החלתם עשויה להניב תוצאות משפטיות דומות המשתלבות זו עם זו, והאבחנה המושגית בין תום הלב לבין חובת הזהירות עשויה להיטשטש במהלך יישומם במציאות. אולם לעיתים, החלת דין הנזיקין על העסקאות הנוגדות עשויה להניב תוצאות משפטיות החורגות מהתוצאה הקניינית ומשלימות אותה, על דרך יצירת איזון משפטי ראוי בין שני בעלי העסקאות, שרק אחד מהם זכה בנכס, על פי מידת האחריות היחסית החלה על כל אחד מהם לקיומן של העסקאות הנוגדות.

מקום שבעל העסקה הראשונה נהג בתום לב וזכה בקניין בנכס, על פי רוב לא תקום כלפיו תביעת נזיקין מצד בעל העסקה המאוחרת בגין רשלנות, גם מקום שלא רשם הערת אזהרה קודם להתקשרות בעסקה הנוגדת. הדעת נותנת כי במקרה זה תהיה על פי רוב קורלציה ישירה בין עמידה בחובת תום הלב, חרף אי הרישום, לבין עמידה בדרישות חובת הזהירות הקונקרטית בנזיקין. במצב דברים זה, מתיישבים דין הקניין ודין הנזיקין ומביאים לתוצאה משפטית דומה. לעומת זאת, מקום שבעל העסקה הראשונה נהג בחוסר תום לב באי רישום זכותו, ולפיכך בעל העסקה המאוחרת זכה בעדיפות הקניינית על פניו, יתקשה האחרון, על פי רוב, לבסס תביעת נזיקין כנגד הראשון בהעדר נזק, משהנכס הוקנה בידו. בנסיבות אלה, תביעת הנזיקין של האחרון כנגד הראשון עשויה להתייטר. אולם, המציאות עשויה להיות מורכבת יותר ולהצמיח תביעת נזיקין של בעל העסקה המאוחרת כנגד בעל העסקה הקודמת בזמן, מקום ששניהם לקו בחוסר תום לב, וזכותו הקניינית של הראשון הוכרה כעדיפה. בנסיבות אלה, חרף התוצאה הקניינית האמורה, עשוי בעל העסקה המאוחרת לתבוע את הראשון שזכה בנכס על נזק שנגרם לו בעריכת העסקה הנוגדת, כאשר מטרת התביעה היא לחלק בין השניים את האחריות הנזיקית ל"תאונה המשפטית" שארעה, וזאת על פי מידת האשם היחסי של כל אחד מהם. בנסיבות מורכבות אלה, פועל דין הנזיקין לחלק את האחריות ולפזר את הנזק אשר נצמח מההתקשרות בעסקאות הנוגדות בין שני הצדדים. בכך, פועל דין הנזיקין לאיזון בין עניינם של הצדדים לעסקאות הנוגדות שאין ביניהם יריבות חוזית, ולהשגת תוצאה צודקת ביחסים שביניהם. בכך הוא משלים את דין

הקנין, הפועל בתחום העסקאות הנוגדות בנתיב חד-כיווני, בהכירו לעולם בזכותו של אחד בלבד לנכס נשוא המריבה.

יחסי הגומלין בין דין הקנין לדין הנזיקין, ובכללם בין עקרון תום הלב לבין חובת הזהירות ברשלנות, הם אכן ענין מורכב ורב פנים. אולם, קו משותף מקשר ומאחד ביניהם ומשפיע על אופן יישומם, והוא – הערך החברתי הפרוש כמניפה על פני הדינים כולם, המבקש למנוע תקלה לציבור ולפרט מפני מחדל ברישום זכויות קנין, המביא עימו נזק רב, הגם שניתן בנקל למונעו.

מן הכלל אל הפרט

29. המחלוקת בין הצדדים שלפנינו בהיבט הקנייני שלה עמדה בפני בית משפט זה בגלגול קודם. ההכרעה בה ניתנה קודם להילכת גנג. במישור הקנייני נפסק כי זכותו של הרבסט עדיפה על זכותם של וינברג, בהיותה קודמת בזמן, ואילו וינברג לא שכללו את זכותם במירשם על ידי רישום זכות הקנין שלהם בדירה. משההכרעה במישור הקנייני קדמה להילכת גנג, לא הועמדה לבחינה שאלת תום הלב בהפעלת זכותו של הרבסט. מכל מקום, ההכרעה בפרשת הרבסט במישור הקנייני מחייבת כמעשה בית דין את כל הצדדים שהיו בעלי דין באותו הליך, ובכלל זה את וינברג. בנסיבות הענין, טרם הוכרעה שאלת אחריותו של הרבסט כלפי וינברג במישור הנזיקי, והיא עומדת להכרעה בהקשר שלפנינו. הרבסט חב חובת זהירות מושגית ברשלנות כלפי וינברג לרשום במירשם את זכויותיו בשיעבוד על הדירה על פי חוזה ההלוואה. רובצת עליו גם חובה קונקרטית לבצע רישום זה. בנסיבות הענין שלפנינו לא הפר הרבסט את החובה הקונקרטית שרובצה עליו מאחר שנקט באמצעים סבירים כדי לקיים חובה זו. לעומת זאת, וינברג לוקים באשם תורם לקיומן של עסקאות נוגדות ולכך שלא הושג פתרון מעשי לניגוד שנוצר. אלה הטעמים:

הרבסט התקשר בהסכם הלוואה ביום 10.10.84 שבו נכללה הוראה בדבר שעבוד הדירה והתחייבות אריאן שלא לעשות בדירה כל דיספוזיציה, אלא בכפוף להסכמתו מראש ובכתב. רק בדיעבד נודע לו דבר העסקה הנוגדת שבצעו המוכרים עם וינברג, וקיומה של הערת אזהרה על שם הקונים מיום 22.10.84. בא כוחו של הרבסט, עו"ד קאופמן, הצהיר בתצהירו כי ביום 22.10.84 ביקש לרשום משכנתא על שם הרבסט ואף פנה למירשם לצורך כך, אך חסרו לו מסמכי עירייה מקוריים ולכן הרישום לא הסתייע. ביום 24.10.84 יצא עו"ד קאופמן למילואים עד ליום 9.11.84. כאשר חזר לטפל בענין רישום המשכנתא ביום 12.11.84 גילה לתדהמתו כי נרשמו שתי הערות אזהרה על הדירה על ידי וינברג ובנק טפחות. לאחר זאת, יצר הרבסט קשר עם אריאן,

וביום 20.12.84 שוחח עו"ד קאופמן עם וינברג והסביר להם כי עומדת לזכותו התחייבות למשכנתא על הדירה וניסה להגיע עימם להסדר לפיו יתרת מחיר הדירה שנתרו חייבים לאריאן בסך 40,000 דולר תשולם במישרין לידי הרבסט כדי לאפשר הסרת המשכנתא, וזאת בשים לב לכך שהחוב של אריאן כלפי הרבסט עמד אותה עת על 50,000 דולר. משהדבר לא נסתייע, ווינברג לא שיתפו פעולה בקו זה, פנה הרבסט ביום 24.12.84 לבית המשפט וקיבל צו שאיפשר לו לרשום הערת אזהרה ועיקול על הדירה. התנהגותו של הרבסט מצביעה על נקיטת אמצעים סבירים בנסיבות הענין כדי לצאת ידי חובתו לרשום הערת אזהרה על זכות השעבוד שלו בנכס. הוא פעל באורח סביר ובתחומי זמן סביר כדי לבצע את חובת רישום הערת האזהרה. לאחר שגילה להפתעתו כי רשומות על הנכס הערות נוגדות, הוא עשה כל שניתן היה כדי למצוא פתרון מעשי לניגוד שנוצר אולם נתקל בחוסר שיתוף פעולה מצידם של וינברג. בכך, יצא הרבסט ידי חובת הזהירות שרבעה עליו ואין הוא אחראי בנזיקין.

מנגד, וינברג מצידם הקדימו את מלוא תשלומי הדירה למוכרים כדי להשיג בה חזקה פיסית, ביודעם כבר בחודש דצמבר 1984 את זהות בעל העסקה הראשונה, הנוגדת לזו שלהם (תצהיר עו"ד קאופמן, נ/7). הם מצידם התקשרו בהסכם מכר אשר כלל התייחסות מפורשת לעובדה כי הדירה נתונה למשכנתא או להתחייבות לרישום משכנתא לטובת צד שלישי. הם ידעו והבינו כי בהתקשרם בהסכם כזה הם לוקחים על עצמם סיכון כי הדירה כפופה לזכויות צד שלישי, אף שלא ידעו במדויק מיהו בעל הזכות. העובדה בלבד כי בדיקתם במירשם לאחר עריכת זכרון הדברים הראתה כי לא רשומה על הדירה הערת אזהרה לטובת צד שלישי, אינה מספקת לצורך הסתמכותם, כביכול, על ההנחה כי הדירה נקייha מזכויות צד שלישי. זכרון הדברים, ובו התייחסות לקיומה של משכנתא על הדירה או לזכות לרישום משכנתא לטובת צד שלישי, נחתם עוד בטרם בני הזוג וינברג בדקו את המירשם, ולכן בהתקשרם בעסקה לא הסתמכו על העדר רישום זכויות צד שלישי על הדירה במירשם. מצד שני, הם כן הסתמכו על התחייבות אריאן לסלק את המשכנתא לאחר תשלום סך השווה ל-60,000 דולר מתמורת הדירה. נובע מכך, כי בהתקשרם בזכרון הדברים לא הסתמכו הקונים על המירשם כלל, אלא, ביודעם כי הנכס כפוף לזכויות צד שלישי, שמו יחבם על התחייבות המוכרים להסיר את השעבוד בהתקיים תנאים חוזיים מסוימים. יתר על כן, גם לאחר שנודע לוינברג בבירור מיהו בעל הזכות הנוגדת, הם לא פעלו להסרת הסיכון הטמון בקיום השעבוד או להקטנתו, אלא שילמו, קודם למועד החוזי, את יתרת התמורה לאריאן, במקום להבטיח כי התמורה תופנה לתשלום החוב להרבסט ולהסרת השעבוד מהנכס. בכך תרמו תרומה נוספת להחמרת הסיכון שרבע עליהם, והעמיסו קושי נוסף על הרבסט לקבל את פרעון חובו ולאפשר את שחרור הנכס מהשעבוד.

לסיכום הדברים: על רקע מכלול נסיבות הענין כפי שתוארו, לא הפר הרבסט את חובת הזהירות שחלה עליו במישור הנזיקי כלפי וינברג לרשום הערת אזהרה על זכות השעבוד שלו בדירה. יש להניח כי אילו נבחנה התנהגותו במישור הקנייני במשקפי הילכת גנז שנפסקה מאוחר יותר, גם אז היה זוכה בעדיפות קניינית על פני וינברג, משנתקיימה בו חובת תום הלב בהפעלת זכותו בתחום הקניין. התוצאות במישור הקניין ובמישור הנזיקי מתיישבות, אפוא, זו עם זו במקרה זה. וינברג מצידם אחראים באחריות תורמת רבת משקל לנזק שארע להם. נזקם נובע ממעשיהם של המוכרים ומסיכונים שהם לקחו על עצמם ביודעין. עולה מכך, כי תביעת וינברג כנגד הרבסט בנזיקין נדונה לכשלון.

30. לאור האמור, דין הערעור על כל היבטיו להידחות. בנסיבות המיוחדות של הענין, אציע להסתפק בחיובם של וינברג בהוצאות הרבסט בלבד בסכום של 15,000 ₪.

ש ו פ ט ת

השופטת (בדימ') ד' דורנר

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט א' א' לוי

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, א' באייר תשס"ד (22.4.04).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת (בדימ')

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח: 99092450_R09.doc

מרכז מידע, טל' 02-6750444 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il