



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8382/06
וערעור שכנגד

לפני :
כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ח' מלצר

המערערים בע"א 8382/06
והמשיבים שכנגד :

1. כורש בוטח
2. ליאורה בוטח

נ ג ד

המשיבים בע"א 8382/06
והמערערים שכנגד :

1. דוד כהן
2. ארנה כהן
3. מגדל חברה לביטוח בע"מ
4. עו"ד שלמה הנדל
5. רגבים בשדה בע"מ
6. תותינקה מסחר ושיווק בע"מ
7. מן השדה שווק (96) בע"מ
8. תות שדה בע"מ
9. מן השדה (1999) בע"מ
10. מן השדה בע"מ
11. יבולי השדה ושות' שותפות רשומה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב מיום
05.07.2006, בתיק ת.א. 001571/00, שניתן על ידי כב'
השופטת ד' פלפל

בשם המערערים בע"א
8382/06 והמשיבים שכנגד :
עו"ד ריכטר יוסף

בשם המשיבים 1-2 ו-11
בע"א 8382/06 והמערערים
שכנגד :

עו"ד ר' נחמן

בשם המשיבה 3 בע"א
8382/06 והמערערת שכנגד :

עו"די יוגב

בשם המשיב 4 בע"א 8382/06
והמערער שכנגד :

עו"ד שי אליה

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו (כב' השופטת ד"ר ד' פלפל), שדחה את תביעת המערערים לקבלת תמורה שהתקבלה בגין מכירת משק מסוים במושב חירות (להלן: הנכס).

להלן נביא את הנתונים הצריכים לעניין.

התשתית העובדתית

2. המערערים 1 ו-2 הם בני הזוג: כורש וליאורה בוטח (להלן: כורש ו-ליאורה, וביחד: בוטח), והמשיבים 1 ו-2 הם בני הזוג: דודי ואורנה כהן (להלן: דודי ו-אורנה, וביחד: כהן). כורש בוטח הוא אחיה של אורנה כהן. בין השנים 1987 ל-1991 העניקו בוטח לכהן מספר הלוואות, ואף נרשם לטובתם משכון במאגר המשכונות (כהגדרתו בסעיף 4 לתקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), תשנ"ד-1994) – על זכות כהן לקבל את הנכס, משכון אשר נסיבות עריכתו ותוקפו יידונו להלן. המשיבה 3 והמערערת-שכנגד הינה חברת הביטוח "מגדל" (להלן: מגדל), אשר העניקה לכהן הלוואה. בגינה של הלוואה זו נרשם משכון במאגר המשכונות על זכויותיהם של כהן בנכס – לטובת מגדל וכן ניתנה למגדל התחייבות מטעם מינהל מקרקעי ישראל (להלן: המינהל) לרישום משכנתא לטובתה של מגדל על זכויות כהן בנכס.

3. הפרשה כולה החלה בתאריך 17.7.1988, עת כהן חתמו על הסכם עם גב' חביבה גורני, סבתו של דודי כהן, שהיתה בעלת הזכויות בנכס, הידוע במושב בית חירות כ"משק גורני" – לרכישת הנכס. לפי הסכם זה היו כהן זכאים להעביר את הזכויות בנכס על שמם. בסמוך לכך, בתאריך 23.7.1988, נחתם זיכרון דברים בין כהן לבין בוטח – למכירת זכויותיהם העתידיות של כהן באותו הנכס – לבוטח (להלן: זיכרון הדברים). בזיכרון הדברים הוסכם כי מחיר הנכס יהיה 170,000 דולר, והתשלום יהיה בדרך של הפחתת החוב של כהן לבוטח, וכן על דרך של פירעון מספר חובות חיצוניים של כהן – על ידי בוטח.

4. בתאריך 17.7.1991 חתמו כהן, על דעתם של בוטח, על כתב התחייבות, המהווה מסמך המשך לזיכרון הדברים (להלן: כתב ההתחייבות). בכתב ההתחייבות נקבע כי לבוטח עומדת בכל עת האפשרות לבטל את רכישת הנכס ולקבל בחזרה את מלוא התמורה, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית. לצורך מימוש אפשרות חלופית זו, אף ניתן שיק פתוח לפקודת בוטח.

5. בתאריך 28.7.1992 נרשם, במאגר המשכונות, שטר משכון, במסגרתו מושכנו הזכויות העתידיות של כהן בנכס – לטובת בוטח, לצורך הבטחת הלוואות שניתנו לכהן על ידי בוטח – זאת ללא הגבלת סכום (להלן: שטר המשכון).

6. במהלך שנת 1996 העניקה מגדל לכהן הלוואה בסך 820,000 ש"ח. חלק מכספי ההלוואה שימשו את כהן לסילוק חובות משק גורני למושב חרות, מה שאיפשר את העברת הזכויות בנכס על שמם. בתאריך 21.3.1996 נרשמו הזכויות בנכס על שם כהן במינהל, ובה בעת נרשם במאגר המשכונות גם משכון לטובת מגדל – על זכויות החכירה של הנכס במינהל, וניתנה התחייבות של המינהל לרישום משכנתא לטובת מגדל, להבטחת ההלוואה (ההסדר של "התחייבות לרישום משכנתא" נובע מהעובדה שהמינהל טרם רשם במרשם המקרקעין את ההחכרות ברוב הישובים החקלאיים בארץ, ולפיכך, באין רישום חכירה – מנפיק המינהל "התחייבות לרישום משכנתא", לפיה, בבוא היום, עם רישום הזכויות בטאבו, ירשום המינהל משכנתא לטובת בעל ההתחייבות (ראו: גדעון ויתקון דיני מינהל מקרקעי ישראל (2004), בעמ' 1038 (להלן: ויתקון, דיני ממ"י)).

7. כבעלי זכויות במשק במושב חירות, זכאים היו כהן להעניק לבן משפחתם חלקה בהרחבה של המושב (להלן: זכויות ההרחבה). במהלך שנת 1997 נרשמו זכויות ההרחבה על שם אמם של אורנה וכורש (להלן: האם).

8. בתחילת שנת 1998 התגלע סכסוך בין בוטח לבין כהן בסוגיית מכר הנכס, והסכסוך הופנה לבוררות. לאחר הגשת כתבי טענות ביקשו הצדדים לנהל ביניהם משא ומתן, והבוררות בוטלה, לבקשת הצדדים, בדצמבר 1999.

9. במהלך שנת 1999 הפסיקו כהן לשלם את החזרי ההלוואה למגדל, וביוני 2000 פתחה מגדל בהליכי הוצאה לפועל למימוש המשכון שנרשם, כאמור, לטובתה. במסגרת הליכים אלו מונה כונס נכסים לנכס וניתן צו פינוי. במקביל הגישו בוטח

תביעה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב כנגד כהן לאכיפת הסכם המכר (על בסיס זיכרון הדברים), ולחילופין להחזרת התמורה ששולמה בעד הנכס וסכומי כסף נוספים שבוטח הלוו לכהן, לטענתם. בתאריך 10.9.2001 אישר בית המשפט המחוזי (כב' השופט ד"ר ג' קלינג) הסכם ביניים בין: בוטח, כהן ומגדל, בגדרו הסכימו הצדדים לשתף פעולה לשם מכירת הנכס, תוך ויתור בוטח על תביעת האכיפה שהגישו. מכירת הנכס על ידי כונס הנכסים אושרה ע"י בית המשפט בתאריך 25.7.2002, וכספי הפדיון הופקדו בידי הכונס עד להכרעה בתובענה הנ"ל, שהגישו בוטח.

תמצית המחלוקת כפי שהוגדרה על ידי בית משפט המשפט המחוזי הנכבד

10. לשיטת כהן, ההתחייבות למכירת הזכויות בנכס הומרה בשלב מאוחר יותר ברישום בטוחה בלבד להבטחת החזר ההלוואות שניתנו להם על ידי בוטח. לטענתם, ההלוואות נפרעו במלואן בדרך של העברת זכויות ההרחבה – לבוטח (אף שפורמאלית נרשמו זכויות ההרחבה על שם האם). על כן, לשיטתם, הם אינם חייבים עוד כסף לבוטח, וההתחייבות למכירת הזכויות בנכס פקעה ואיננה תקפה עוד.

11. בוטח אינם רואים את העובדות עין בעין עם כהן. לשיטתם, ההתחייבות למכירת הזכויות בנכס היתה לשיטתם חוזה מכר לכל דבר, ולפיכך, מאחר ששילמו את התמורה בעד הנכס, הם זכאים לכספי הפדיון המתקבלים ממכירתו. עוד הם טוענים כי הלוו לכהן הלוואות נוספות – שטרם נפרעו. לעניין זכויות ההרחבה במושב טענו בוטח בעבר כי אלה הועברו על ידי אורנה לאמה, ללא כל קשר אליהם, והיום הם טוענים כי, ממילא, זכויות אלה שייכות להם, מאחר שהמקור לקבלת הזכויות הינו המשק, שהיה ברשותם, לטענתם, כבר ביום הנפקת זכויות ההרחבה עקב רכישת הנכס על ידם, ולפיכך כבר באותו יום הם היו זכאים לקבלת זכויות ההרחבה.

פטק דינו של בית המשפט הנכבד קמא

12. בית משפט הנכבד קמא דחה את טענות הסף שהעלו הנתבעים (טענת התיישנות וטענה בדבר החובה לנהל את הדיון בפני משקם לפי חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, תשנ"ב-1992). לגופו של עניין, קיבל בית המשפט את גירסת כהן כי ההתחייבות למכירת הזכויות בנכס (להלן: עסקת המכר) הומרה, במשך הזמן – לרישום הנכס כבטוחה להחזר החובות. בית המשפט הנכבד קמא ציין כי טרם הפנייה להליך הבוררות אכן בחרו הצדדים בהיצמדות לחוזה המכר (ובמסגרת זו "הפניה לבוררות היוותה "סוג של 'דרישה' מצידו של כורש לאכיפת ההסכם שנחתם בשנת 1991"). יחד

עם זאת, בהמשך דבריו ביסס בית המשפט הנכבד קמא את הקביעה כי, משלב מסוים, בוטח לא היו מעוניינים עוד, משיקוליהם, שהנכס יעבור לחזקתם או לבעלותם (וכינה שיקולים אלו, בלשון נקייה, שיקולים של "תכנון מס"). מכאן עולה כי נקודת המוצא העובדתית, עליה מבוסס פסק הדין של בית המשפט הנכבד קמא, נשענת על ההנחה כי עסקת המכר הומרה במשך הזמן בהכרה בהלוואה כספית בגובה ערך הנכס, המובטחת במשכון. בית המשפט קמא סיווג עם זאת את המשכון שנרשם לטובת בוטח – כמשכון "חסר ערך".

13. בית המשפט המחוזי הנכבד הבחין בין החוב שמקורו בסכומי כסף שנתנו בוטח לכהן כנגד הזכויות בנכס (לרבות הלוואות קודמות שהוסכם בין הצדדים שיחשבו לתמורה בעד הנכס) לבין חובות שמקורם בהלוואות נוספות. בית המשפט הנכבד קמא קבע כי סכומי הכסף שניתנו כנגד הזכויות בנכס – ושהומרו, כאמור, לאחר מכן, להלוואה, עמדו על 140,000 דולר, קרי 170,000 דולר – שוויו המוסכם של הנכס, שאוזכר בזיכרון הדברים, בהפחתה של 30,000 דולר – החובות החיצוניים של כהן (שבוטח התחייבו לפרוע בשמו של כהן כחלק מהתמורה בעד הנכס, אך לא פרעו בפועל). ביחס להלוואה זו, שהועמדה, כאמור, על סך של 140,000 דולר, מצא בית המשפט כי היא נפרעה בדרך של העברת הזכויות בחלקת ההרחבה – לבוטח (חרף הרישום הפורמאלי על שם האם). נקבע כי החוב נפרע במלואו, כיוון שבית המשפט קמא העריך את שווי ההרחבה בסך של 160,000 דולר. ביחס להלוואות הנוספות, קבע בית המשפט קמא, כי לא הובאו תימוכין ראויים לסכום החוב הנטען, ולא זומנו לעדות עדים רלבנטיים שהיה ביכולתם לחזק את הטענה בדבר קיומו של החוב האמור. לפיכך, קבע בית המשפט כי בוטח לא עמדו בנטל להוכיח את גרסתם, לפיה נתנו לכהן הלוואות נוספות, שהאחרונים לא פרעו.

14. בסופו של יום מצא בית משפט הנכבד קמא, כי מלוא החוב של כהן לבוטח סולק בדרך של העברת זכויות ההרחבה, ועל כן דחה את התביעה נגד כהן וקבע כי כל כספי הפדיון ממכירת הנכס יועברו למגדל. כיוון שבית המשפט הנכבד קמא לא מצא קשר בין ההלוואות הכספיות – למשיבות 5-12 (חברות פרטיות בבעלות דודי כהן), הוא דחה גם את התביעה כנגדן. בית משפט קמא חייב את בוטח בשכר טרחת עו"ד של כהן בסך 40,000 ₪ בצירוף מע"מ, וכן בהוצאות משפט.

15. בקשת בוטח לעיכוב ביצוע תשלום ההוצאות בהם חויבו בבית משפט קמא עד להחלטה בערעור נדחתה על ידי בית משפט קמא, אך התקבלה בשעתו על ידי.

16. בערעור משיגים בוטח על קביעת בית המשפט קמא כי ההתחייבות להעברת הזכויות בנכס הומרה להלוואה מובטחת, וטוענים כי מדובר היה בחוזה מכר של ממש. בנוסף טוענים הם, כי במסגרת רכישת זכויות החכירה בנכס, נרכשו על ידם גם זכויות ההרחבה, שהן, לטענתם, נגזרת של הזכויות במשק. לפיכך, הם קובלים כנגד קביעת בית משפט קמא כי העברת ההרחבה במושב סילקה את החוב. לחילופין נטען על ידם כי אף אם ימצא כי העברת זכויות ההרחבה אכן היתה לצורך החזר ההלוואה, אזי שווי ההרחבה אינו מכסה את גובה החוב, מכמה טעמים:

(א) בית המשפט קמא שגה, לגישתם, כשהעמיד את גובה החוב על 140,000 דולר בלבד, מבלי להתחשב בראיות שהציגו להוכחת חוב בגובה של 362,185 דולר.

(ב) בית המשפט קמא קבע את שווי זכויות ההרחבה על דרך הממוצע, ללא כל הגיון כלכלי, או בסיס ראייתי אחר, והפריז כשהעמיד את שוויין על 160,000 דולר.

(ג) בית המשפט קמא ערך את כל החישובים בערכים נומינאליים, חרף פער השנים בין מועד היווצרות החוב, שהכרה בו נעשתה במסגרת עסקית, לבין מועד העברת זכויות ההרחבה לבוטח.

לבסוף טוענים בוטח, כי בית משפט קמא כלל לא דן בשאלת תחרות הזכויות בינם לבין מגדל. לטענתם, המשכון שנרשם לטובתם במאגר המשכונות, על זכויות כהן לקבל את הזכויות בנכס, גובר על המשכון שנרשם במאגר המשכונות, ארבע שנים מאוחר יותר לטובת מגדל, במיוחד כשמגדל נמנעה מלבדוק את מצב הזכויות במאגר המשכונות, ובכך לא פעלה כנותנת הלוואות סבירה.

טענות כהן

17. לטענת כהן, הערעור כולו עוסק בטענות נגד קביעות וממצאים עובדתיים של בית משפט קמא. לשיטתם, בית משפט קמא קבע, על סמך הראיות שהוצגו בפניו, כי הסכם המכר לא השתכלל בסופו של דבר והומר בהלוואה עם בטוחה, וכי החוב האמור סולק לבסוף בדרך של העברת זכויות ההרחבה. הם מבקשים לסמוך ידיהם על הקביעות

הנ"ל וכן על הממצאים בדבר גובה החוב ושווי ההרחבה – שאין, לשיטתם, מקום להתערבות בהן בהיותן עובדתיות במהותן.

טענות מגדל

18. מגדל מאמצת את קביעת בית משפט קמא כי המשכון שנרשם לטובת בוטח חסר תוקף, וטוענת כי הדבר אף הובהר לבוטח, עובר לרישום המשכון, על ידי עו"ד הנדל, עורך שטר המשכון. לגישתה, על פי הסכמי החכירה עם המינהל ישנה חובה לקבל את הסכמת המינהל לכל שעבוד זכויות בנחלה. הואיל ולא ניתנה הסכמה כזו – אין לשיטתה תוקף לשעבוד שנרשם. עוד היא טוענת כי המשכון לטובת בוטח נרשם בטרם היו כהן בעלי זכויות בנכס – וכי לא היה בידם לשעבד באותה עת את שלא היה שלהם כלל. לחילופין טוענת מגדל, כי המדובר במצב של עסקאות אובליגטוריות סותרות, המוסדר על ידי סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971 (להלן: חוק המיטלטלין). כיוון שהשעבוד לטובתה נרשם, לטענתה, בתום לב ובתמורה (ואין חולק כי לא ידעה באותו שלב על קיומו של המשכון לטובת בוטח), היא סבורה כי הוא גובר על המשכון הקודם בזמן. את תום לבה במהלך רישום המשכון מבקשת מגדל לבסס על הטענה שהיא הסתמכה על הרישום במינהל, מבלי לערוך בדיקה במאגר המשכונות, כיוון שידעה שרישום ללא אישור המינהל הינו חסר תוקף, ושלפיכך די בבדיקת ספרי המינהל. עוד טוענת מגדל לחוסר תום לב מצד בוטח, שלא עשו כל שביכולתם כדי להביא לרישום הערה אודות קיומו של השעבוד שרשמו במאגר המשכונות במינהל מקרקעי ישראל (בדרך של קבלת הסכמת גב' גורני לרישום כזה) – וזאת על מנת למנוע טעויות של המעיינים ברישומי המינהל, כדי שלא תיווצרנה "תאונות משפטיות". בהקשר זה נטען כי הובאו ראיות לכך שכורש בוטח ידע מראש על כוונתו של דודי כהן לקחת הלוואה כנגד שיעבוד הנכס ואף היה מעוניין שכהן יקחו הלוואה זו, על מנת שכהן יוכלו להירשם כבעלי הזכויות בנכס ולזכות בהרחבה הנגזרת מכך, אותה יעבירו לבוטח. לבסוף טוענת מגדל, כי העובדה שחלק מכספי הלוואה שהעניקה – מימנו את רכישת זכויות החכירה בנכס מהווה סיבה נוספת להעדפתה על פני נושה מוקדם בזמן, שהלוואתו לא ניתנה מראש לצורך מימון רכישת הנכס הספציפי.

דיון והכרעה

19. לאחר עיון בערעור, בתגובות לו ובמסמכים הרבים שצירפו הצדדים, באתי למסקנה כי דין ערעור המערערים – להתקבל בחלקו כנגד כהן, אך לא כנגד מגדל, וכך אציע לחברי לעשות. כן ראוי לדעתי לדחות את הערעור-שכנגד של מגדל.

רובו המכריע של ערעור זה מופנה כנגד קביעותיו העובדתיות של בית המשפט הנכבד קמא, ובקביעות אלו, המעוגנות היטב בחומר הראיות, אינני רואה מקום להתערב. עם זאת, ישנן מספר סוגיות שלא לובנו עד תום בפסק הדין של בית המשפט המחוזי הנכבד. לפיכך, מהלך הדיון פה יעסוק, בחלקו הראשון, בדרך שהתווה בית המשפט הנכבד קמא בפסק דינו, ובהמשכו יעסוק בסוגיות הנוספות הדורשות הכרעה.

אפרט עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

אופי ההתקשרות שבין בוטח לכהן – הסכם מכר, או הלוואה עם בטוחה

20. בית משפט הנכבד קמא ביסס, כאמור, את פסק דינו על נקודת המוצא לפיה עסקת המכר הומרה בשלב מאוחר יותר בהלוואה שהיתה אמורה להיות מובטחת במשכון, זאת חלף חוזה המכר המקורי. קביעה זו התבססה על העדפת גירסת כהן על פני גירסת בוטח, וכן על פרשנותו של כתב ההתחייבות משנת 1991.

21. כלל ידוע הוא, כי לא בנקל תתערב ערכאת ערעור בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, והיא תעשה כן רק במקרים חריגים בהם הממצאים אינם מבוססים כלל על פניהם, או שיש בהם פגם היורד לשורשו של עניין (ראו: ע"א 1064/03 אליהו חברה לביטוח נ' עזבון המנוחה פיאמנטה (לא פורסם, 8.2.06); ע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון המנוח זלמן בראשי, פ"ד נב (2) 582, בעמ' 594 (1998)). כלל זה מקבל משנה תוקף כשמדובר בממצאי מהימנות, שכן לערכאה הדיונית היתרון של התרשמות בלתי-אמצעית מן העדים, שאינם מעידים בפני ערכאת הערעור (ראו: ע"א 207/86 מגן נ' בכר, פ"ד מב(4) 63, בעמ' 68 (1988)). המקרה שלפנינו איננו נמנה על אותם מקרים חריגים המצדיקים התערבות מצד ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים, במיוחד מקום שאלה הושתתו ברובם על ממצאי מהימנות – העדפתו העקבית של בית משפט קמא את גירסת כהן על פני גירסת בוטח.

22. קביעת בית המשפט קמא בדבר המרת חוזה המכר בהלוואה מגובה בבטוחה, התבססה, בין היתר, על פרשנות כתב ההתחייבות, לפיו ניתן לפרוע את החוב של כהן לא רק בדרך של העברת הזכויות בנכס, אלא גם על ידי השבת הכספים, וכן על התנהלות הצדדים – ובמיוחד התנהגותם של בוטח שלא היו מעוניינים, משך שנים, משקולים שונים שלהם, שהנכס יעבור לחזקתם. אוסיף לנתונים אלו אף את העובדה כי

גם שטר המשכון מלמד שחוזה המכר הפך לחוב כספי – סעיף 1(א) לשטר המשכון מציין כי המשכון ניתן להבטחת "התשלום המלא והמדויק של כל הסכומים... המגיעים או שיגיעו לנושה... בקשר עם הלוואות שנתנו ע"י הנושה...". עולה מכאן כי שטר המשכון לא נועד להבטיח את קיום חוזה המכר, אלא את החזר ההלוואות שניתנו. בהסתכלות כוללת על שלושת המסמכים שנערכו בין בוטח לכהן לאורך השנים – זיכרון הדברים משנת 1988, כתב ההתחייבות משנת 1991 ושטר המשכון משנת 1992, ניכר כי חלה התפתחות בכוונת הצדדים ואופן התייחסותם אל העסקה המקורית, במהלכה הם חזרו בהם מן הכוונה לבצע מכר של ממש, והפכו את ההתחייבות למכר – להלוואה כספית בלבד, האמורה להיות מובטחת במשכון. אפרט הדברים להלן.

23. בשלב הראשון – בזיכרון הדברים, מסווגת העסקה כעסקת מכר ("העסקה הנדונה היא מכירת משק דודי כהן, לשעבר משק גורני, לכורש בוטח"), כשהתשלום נעשה בדרך של הפחתת החוב הקיים. בשלב השני – בכתב ההתחייבות, הופכת העסקה לאופציונלית: אמנם הזכויות בנכס נמכרו לבוטח, אלא שניתנת לבוטח האפשרות, בכל עת, לקבל בחזרה את הכספים שהלוו לכהן. בשלב השלישי – בשטר המשכון, כאמור לעיל, מוגדרת עיסקת המישכון כבטוחה להשבת ההלוואה בלבד.

השינוי שחל באופי העסקה, המשתקף מן המסמכים שנערכו בין הצדדים, תואם את גרסת כהן, כי עיסקת המכר המקורית השתנתה במשך הזמן, והומרה בהתחייבות להחזר הלוואה, כל זאת בשל סירוב בוטח להעביר את הזכויות בנכס על שמם, כנראה נוכח רצונם לא לדווח על העסקה. לעומת זאת, גרסת בוטח, לפיה במשך כל התקופה כוונת הצדדים היתה ונותרה שהזכויות בנכס יועברו לבוטח בעסקת מכר רגילה, איננה מתיישבת עם ההתפתחויות הנלמדות מהמסמכים המאחרים יותר.

24. כיוון שמדובר בהסדרים שהתמשכו למעלה מעשור, ונוכח קיומם של מסמכים נוספים שנחתמו במועדים מאוחרים יותר – לא ניתן להגביל את ההכרעה בדבר כוונת הצדדים – לזיכרון הדברים בלבד. כידוע, בעת פרשנות חוזה יש להתחקות אחר אומד דעתם הסובייקטיבי והמשותף של הצדדים. לצורך כך, יש לנתח את רצון הצדדים "כפי שהוא משתקף ב'סיפור' שהם מספרים, מתחילתו בשלב המשא-ומתן והרקע שקדם לו, ועד לסופו..." (דברי השופט (כתוארו אז) א' ריבלין, ב-דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.5.2006)). במקרה שלפנינו, זיכרון הדברים מהווה תחנה ראשונה בלבד במסגרת "הסיפור" המתמשך בין הצדדים. כתב ההתחייבות ושטר המשכון שנחתמו בשנים שלאחר מכן מעידים על שינוי שחל בתכלית

החוזה ובכוונת הצדדים המקורית לגבי מימוש העסקה. בוטח מתייחסים בטענותיהם אל כתב ההתחייבות כאל "אשרור" של זיכרון הדברים, אך לא ניתן להתעלם מן השינויים המהותיים שכתב ההתחייבות מכניס בעסקה המקורית, בהשוואה לאמור בזיכרון הדברים (וידגש, כי בוטח מודים כי כתב ההתחייבות נערך ונחתם על דעתם).

25. מכל הסיבות שפורטו לעיל, מקובלת עליי קביעת בית משפט הנכבד קמא לפיה בסופו של יום, לא התכוונו הצדדים להעביר את הזכויות בנכס, אלא רק להסדיר את ההלוואה שנתנו בוטח לכהן ולהבטיח את השבת ההלוואה באמצעות שיעבוד הזכויות בנכס.

העברת הזכויות בהרחבה לצורך סילוק החוב

26. בעניין ההרחבה במושב טוענים בוטח, כי היא ניתנה להם לא לצורך סילוקו של החוב, אלא מכוח רכישתם את זכות החכירה בנכס, הכוללת, כנגזרת, גם את הזכות לקבלת זכויות הרחבה במושב. חשוב לציין כי בסיכומיהם לפני בית משפט קמא, טענו בוטח טענה הפוכה – הם הכחישו כי ההרחבה במושב הועברה אליהם וטענו כי היא הועברה על ידי אורנה לאמה, לצורך הבטחת עתידה הכלכלי.

27. בנושא זה (כמו באחרים), דחה בית משפט קמא את גירסת בוטח והעדיף את גירסת כהן כי ההרחבה במושב הועברה לבוטח לצורך סילוק החוב, כי האם שימשה בעניין זה כנציגתם של בוטח, וכי ההרחבה נרשמה על שמה של האם רק לטובת זירוז התהליך הביורוקראטי בפני המושב. בית משפט קמא התבסס לעניין זה על "נפילות לשון" – כהגדרתו – בעדות כורש בוטח, בהן מצא בית המשפט הודאות חלקיות מצידו לכך שההרחבה הועברה לזכותו, ונרשמה על שם האם רק כנציגתו. כן הסתמך בית המשפט קמא על כתב התביעה שהגישו בוטח במסגרת הליכי הבוררות, במסגרתו הודו בוטח בפה מלא בעובדה כי האם שימשה כנציגתם לצורך העברת זכויות ההרחבה אליהם. חיזוק נוסף למסקנה זו, מעבר לנימוקי בית המשפט קמא, טמון בעובדה שעל החלקה שהוקנתה מכוח זכויות ההרחבה – בנו בוטח בית, אותו הם משכירים, והם גם הנהנים מדמי השכירות (ראו עמודים 51-52 לפרוטוקול). אין זה מקומנו כערכאת ערעור לבחון לראשונה את טענתם החדשה של בוטח בעניין רכישת ההרחבה כחלק מרכישת הזכויות נכס, ואולם גם לגופו של עניין, אין בידי לקבל את טענת בוטח. בהקשר האמור, בית המשפט הנכבד קמא הגיע למסקנה כי עסקת המכר לא הושלמה בסופו של דבר והומרה בהלוואה וברישום בטוחה, קביעות שלא ראיתי לנכון להתערב בהן. הנה כי כן, אין לראות בבוטח כמי שרכשו זכויות בנכס. לפיכך, וודאי שלא רכשו,

כנגזרת, גם את זכויות ההרחבה. יתרה מכך, בית המשפט קמא קבע כממצא עובדתי כי זכות ההרחבה לא נכללה בהסכם מכירת הנכס.

זאת ועוד – אחרת. בכתב טענותיהם האחרון לא העלו בוטח עוד את הטענה כי זכויות ההרחבה נמסרו לאם – נראה, אם כן, כי נטשו טענה זו, שנדחתה ממילא על ידי בית המשפט קמא. הנה כי כן, מאחר שדחיית את הטענה שבוטח רכשו את זכויות ההרחבה מכוח עסקת המכר, לא נותר לי אלא לאמץ את קביעת בית משפט קמה לפיה זכויות ההרחבה במושב אכן הועברו מכהן לבוטח לצורך החזר ההלוואה.

האם החוב סולק: גובה החוב ושווי ההרחבה

28. נוכח הקביעה שזכויות ההרחבה הועברו לבוטח לשם כיסוי ההלוואה, יש לבחון עתה האם ההלוואה הוחזרה במלואה. בית משפט קמא העמיד את גובה החוב על 140,000 דולר ואת שווי ההרחבה על 160,000 דולר, ולפיכך קבע כי החוב סולק במלואו. באשר לגובה החוב, בית משפט הנכבד קמא קבע כממצא, כי בוטח לא הביאו תימוכין מספקים להוכחת חוב נוסף, מעבר לסכום של 140,000 דולר, שניתנו על ידי בוטח לכהן. בוטח הסתמכו לצורך הוכחת חובם של כהן כלפיהם – בעיקר על עדותו היחידה של כורש בדבר גובה החוב, בליווי רישומים שנערכו על ידו. בית משפט קמא קבע כי אין להסתמך על הרישומים שערך כורש בעניינים אלו, שהתאפיינו בחוסר עקביות. עוד ציין בית משפט קמא, כי על אף שנטען כי חלק מן הכספים ניתנו לצדדים שלישיים (עבור כהן), לא זומנו אותם צדדים שלישיים להעיד בנושא. מסיבות אלו קבע בית משפט קמא כי בוטח לא עמדו בנטל להוכיח את קיומו של חוב נוסף. אינני רואה מקום להתערב בקביעות אלו של בית משפט קמא, וברצוני אף לחזק את דבריו ביחס לאי-העדת עדים שביכולתם היה לתמוך בגרסת בוטח בדבר גובה החוב. לעיתים, הדרך בה מנהל בעל דין את עניינו בבית המשפט היא בעלת משמעות ראייתית. הלכה היא, כי אי-הבאת עד רלבנטי, בהיעדר הסבר אמין וסביר לכך, פועלת לחובתו של בעל הדין שנמנע מלהשמיעו, ומקימה חזקה עובדתית לחובתו, לפיה דין ההימנעות כדין הודאה בדבר, שאילו הובאה אותה ראיה, היתה פועלת לחובתו (ראו: ע"א 465/88 הבנק למימון ולסחר בע"מ נ' סלימה מתתיהו, פ"ד מ"ה(4) 651 (1991); עיינו גם: פסק דיני ב-ע"א 7183/09 עזבון המנוח בולוס חורי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 4.4.2012); יעקב קדמי, על הראיות: הדין בראי הפסיקה חלק רביעי, בעמ' 1892-1891 (2009)).

29. כאמור, במקרה שלפנינו נמנעו בוטח מלהעיד את אחיהם של כורש ואורנה וכן ספקים, שלטענתם קיבלו מהם סכומי כסף לסילוק חובות כהן. כמו כן לא העידה ליאורה בוטח ולא העיד רואה החשבון של בוטח, שגם ביכולתם היה לתמוך בגרסתם. אי-הבאת עדים אלו מקימה, כאמור, חזקה לפיה עדותם של כל אלה היתה פועלת כנגד בוטח, ומחלישה את הראיות התומכות בגרסתם. גם נוכח דברים אלו, איני רואה לנכון לשנות מקביעתו של בית משפט קמא, כי לא עלה בידי בוטח להוכיח את קיומו של חוב כלפיהם מעבר לסך של 140,000 דולר.

30. באשר לשוויי ההרחבה והשיטה בה נקט בית משפט קמא לצורך קביעת שווי זה – אין בידי לקבל את הביקורת שהושמעה על ידי בוטח. מעבר ליישום הכלל בדבר גבולות התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה, עליו עמדתי לעיל, אוסיף כי משלא צירפו הצדדים חוות דעת של שמאי מקרקעין בשאלת שווי ההרחבה, לא נותר לבית המשפט אלא להכריע בנקודה זו על סמך טענות הצדדים. השיטה בה נקט בית משפט קמא בסוגיה זו היתה, אפוא, סבירה, בהעמידו את השווי – כממוצע – של ההערכה המקסימאלית של כהן (220,000 דולר) וההערכה המינימאלית של בוטח (100,000 דולר), שיטה שהובילה לשווי של 160,000 דולר. בהתחשב בכך שכורש עצמו אמר, באחת ההזדמנויות, כי ההרחבה שווה עד 150,000 דולר (ראו עמוד 27 לפרוטוקול), לא מובנת השגת בוטח על קביעת בית משפט קמא, שאינה רחוקה מכך.

31. מבלי לגרוע מכל האמור לעיל, מקובלת עלי טענת בוטח כי יש לחשב את שווי החוב של כהן בערכים ריאליים, טרם שזה יקוּזז עם שווי זכויות ההרחבה, וכי לאחר מכן יש לשערך את ההפרש (על דרך של הצמדה וריבית) עד יום מתן פסק הדין. כך נכון במיוחד לעשות שעה שסעיף 3(ב) לכתב ההתחייבות, אשר עמד בבסיס פסק הדין של בית המשפט קמא, קבע כי במימוש אופציית ביטול הרכישה, יוחזרו "...מלוא כל הסכומים כשהם צמודים עד ליום פרעון מלוא הסכומים ובכלל זה הריבית..." (ההדגשות שלי – ח.מ.). חישוב זה ניתן לעשות בשתי דרכים, המביאות לתוצאות מעט שונות. דרך אחת היא להמיר כל סכום הנקוב בדולרים – לערכו השקלי, לפי השער היציג במועד המתאים. במצב זה השערוך יעשה, לאחר ההמרה וקביעת ההפרש, בהתאם למדד המחירים לצרכן והריבית שנקבעה על ידי שר האוצר בהתאם לחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961 (להלן: חוק פסיקת ריבית). האפשרות השנייה היא לבצע את כל החישובים על בסיס הערכים הדולריים ולמצוא את שארית החוב, בערכה הדולרי, ולהוסיף עליה ריבית דולרית ממועד

ההתחשבות הרלבנטית ועד היום. במצב זה יעשה השערוך על סמך הריבית הדולרית וללא הצמדה למדד המחירים – גם זאת בהתאם לחוק פסיקת ריבית.

כאמור, סעיף 3 לכתב ההתחייבות קבע מנגנון של הצמדה. מכך אני למד שהצדדים התכוונו לבצע את השערוך בשקלים, אך נקבו במחירים בערך דולרי, בשל הנוהג שהיה קיים באותו זמן – לערוך בדרך זו עסקאות בנדל"ן.

אבצע את החישוב, אם כן, בדרך הראשונה שתוארה לעיל – תוך המרת הסכומים לשקלים והוספת הצמדה וריבית שעל פי חוק פסיקת ריבית על ההפרש.

32. נדרש, אם כן, לבחון מה היה הערך הריאלי, (במועד העברת זכויות ההרחבה) של החוב של כהן לבוטח, אשר הועמד על ידי בית המשפט קמא על 140,000 דולר, ביום היווצרותו. לאחר קיזוז בין שווי החוב המשווער לשווי זכויות ההרחבה, לפי ערכם במועד העברת זכויות ההרחבה, יש לחשב את הערך הריאלי של ההפרש שנותר, ולהביאו לכדי חיוב עדכני למועד פסק הדין. מועד היווצרות החוב, לצורך החישוב, יהיה מועד החתימה על כתב ההתחייבות, שבו הסכימו הצדדים על מתן החלופה להמרת עסקת המכר – בהסדר של השבת ההלוואה. מאחר שהצדדים לא המציאו בכתבי טענותיהם את המועד המדויק של העברת זכויות ההרחבה לבוטח, יבוצעו החישובים לגבי מועד העברת זכויות ההרחבה לפי תאריך 14.5.1997, הוא תאריך הדיווח למס שבח על העסקה האמורה. הערך השקלי הריאלי של החוב ביום העברת זכויות ההרחבה (לאחר צירוף הפרשי הצמדה וריבית – כאמור) היה 827,000 ש"ח. ההפרש בין סכום זה לשווי ההרחבה בשקלים באותו יום הוא 283,000 ש"ח – לזכות בוטח. הצמדה וריבית של סכום ההפרש הנ"ל, עד יום פסק הדין, מביאים לסכום של 713,000 ש"ח לזכות בוטח. יש לקבוע, אם כן, כי כהן חייבים להשיב לבוטח סכום של 713,000 ₪ בערכי יום פסק דין זה.

תחרות הזכויות בין בוטח למגדל

33. מאחר שבשונה מבית המשפט הנכבד קמא הגעתי למסקנה כי כהן עדיין חבים חוב לבוטח, וכי העברת זכויות ההרחבה לא קיזזה חוב זה במלואו, הרי שגם מסקנת בית המשפט הנכבד קמא, כי מלוא פדיון מכירת הנכס יועבר לחברת מגדל, לא יכולה לעמוד בתוקפה, במתכונת בה נפסקה, ללא דיון ממצה בשאלת תחרות הזכויות בין בוטח למגדל. בית משפט קמא לא "התעלם" משאלת תחרות הזכויות, כטענת בוטח, אלא שנוכח המסקנה אליה הגיע, כי החוב סולק במלואו, לא התעורר הצורך להכריע בה. שלילת מסקנת בית המשפט קמא בדבר סילוק החוב, מביאה, כאמור, מניה וביה,

לשלילת המסקנה הנוספת שנבעה ממנה מאליה, בדבר היעדר הצורך בדיון בתחרות הזכויות. ראוי לציין כי בית המשפט הנכבד קמא קבע עוד כי המשכון שרשמו בוטח, אצל רשם המשכונות, היה "משכון חסר ערך", וכי הדבר היה ידוע לבוטח בזמן הרישום. בית המשפט קמא לא נימק את קביעתו זו, אך מקריאת כתבי טענות הצדדים, אשר עמדו לפני בית המשפט קמא, נראה כי הבסיס לקביעה זו היה היעדר אישור מינהל מקרקעי ישראל לרישום המשכון, בניגוד לחוזה הבסיסי המסדיר את הזכויות בנכס.

להלן אדון אפוא בשאלת תוקף המשכון שנרשם לטובת בוטח ובתחרות הזכויות בין בוטח לבין חברת מגדל, שאף היא רשמה משכון לטובתה.

34. מגדל טוענים כי כהן לא יכלו כלל למשכן את הזכויות בנכס לטובת בוטח, במועד שהתיימרו לעשות כן – וזאת מאחר שבאותו מועד, טרם היו בעלי זכויות בנכס. טענה זו דינה להידחות. אין כל קושי לרשום משכון תקף על זכויות חוזיות – לקבל בעתיד זכות קניינית. אמנם, ביום העברת זכויות במשק במינהל – מגב' גורני לידי כהן, פג המשכון על הזכות לקבל זכות בנכס, שכן זכות זו נבלעה בזכות המועברת, ואולם, סעיף 9 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967 (להלן: חוק המשכון) קובע כי: "נתמשה זכות שמושכנה, כולל זכות כאמור בסעיף קטן (א), יחול המישכון על מה שניתן במימושה של הזכות...", ולפיכך, יועתק המשכון, בה בעת, מן הזכות החוזית של הקונה לקבלת זכות קניינית בנכס – אל הזכות בנכס עצמו. ראו: רע"א 8792/00 משה מנחם שטיינמן נ' בנק "משכון", בנק הפועלים למשכנתאות, פ"ד נו(5) 593, בעמ' 602 (2002); ראו גם: נינה זלצמן ועופר גרוסקופף מישכון זכויות (2005), בעמ' 210 (להלן: זלצמן וגרוסקופף – מישכון זכויות). נכון כי במקרים מסוימים נדרשות פעולות נוספות כדי לתת למשכון כזה תוקף כלפי צדדים שלישיים. כך, למשל, נדרש לעיתים רישום משכנתא כשהזכות החדשה היא זכות קניינית (ראו: י' ויסמן "חוק המשכון, תשכ"ז-1967" פירוש לחוקי החוזים, בעמ' 218 (ג' טדסקי עורך, 1974)). ואולם, בענייננו, מדובר בתחרות בין משכונות ולא נרשמה כל זכות קניינית בנכס, ולפיכך לא ניתן לומר שהמשכון שנרשם לטובת בוטח לא היה תקף, בשלב כלשהו, בשל מהות הזכות שהיתה בידי כהן כשנרשם המשכון.

35. יחד עם זאת, שאלת תוקף המשכון שנרשם לטובת בוטח, מושפעת גם משאלת משנה נוספת: "כלפי מי יש לבחון את תוקף המשכון?". ייתכן כי, בעוד שהמשכון איננו תקף כלפי המינהל, הוא תקף כלפי צדדים שלישיים, שלהם משכון מתחרה בתחרות זכויות, דוגמת מגדל. שאלה זו נדונה בפסיקה ובספרות. בע"א 6529/96

טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך, פ"ד נג(2) 218 (1999) (להלן: פרשת טקסטיל ריינס) דובר בתחרות זכויות בין שתי המחאות של זכות חוזית בנכס. אמנם בענייננו, מדובר בתחרות זכויות בין שני משכונות, ואולם, מאחר שהמשכון יכול להביא, במימוש, להעברת הזכות, הרי שלכאורה אין הבדל משמעותי בין שני המצבים. בפרשת טקסטיל ריינס ערך השופט י' טירקל סקירה מקיפה של הסוגיה. הוא עמד על כך כי התשובה לשאלה אם להמחאת זכות, שנעשתה בניגוד לתנייה המגבילה את עבירות הזכות, יהיה תוקף שונה במישור שבין נושה לחייב (להלן: המעגל הפנימי), לעומת המישור בין שני הנמחים של הזכות (להלן: המעגל החיצוני) – מבוססת על ה"הבחנה בין תנאי מוקדם השולל מבעל הזכות את הכוח להעבירה, לבין תנאי מוקדם השולל מבעל הזכות את הזכות להעבירה" (שם, בעמ' 235). לשיטתו, "יש לבחון את תוקפה של העברת זכות, שנעשתה בניגוד להגבלה על עבירותה של הזכות, לפי טיבה של ההגבלה, לפי נוסחה, לפי מטרותיה והנסיבות שבהן נקבעה" (שם, בעמ' 236). באותו עניין דובר בהסכם חכירה מול המינהל, ונקבע כי תוקף הגבלת העבירות באותו הסכם היה כזה ששולל רק את הזכות להעברה, אך לא את הכוח לעשות כן. כלומר, המחאה שנעשתה בניגוד לתניית הגבלת העבירות יכולה להיות חסרת תוקף כלפי המינהל, אך לא כלפי בעלי זכות מתחרה, או במילים אחרות:

"למערערת – שלא הייתה צד לחוזה החכירה בין המינהל למוכרים – אין עומדת הזכות לטעון כי המוכרים והקונים הפרו הוראה בחוזה החכירה, וכי בשל הפרה זאת לא עברה הזכות כלפי המינהל מהמוכרים לקונים. נראה לי שרק המינהל זכאי להעלות טענה כזאת. הגבלות על עבירות הזכות המוטלות בהסכם בין החייב לנושה... באות להגן על החייב (שהוא, בענייננו, המינהל), וזאת להבדיל מהגבלות המוטלות על עבירות הזכות מכוח הדין, הנובעות בדרך-כלל משיקולים של טובת הציבור... דומה אפוא, שאין למערערת "פתחון פה" לטעון להפרתן של הוראות בחוזה החכירה שלא נועדו לטובתה." (שם, בעמ' 233)

עמדת השופט טירקל בפרשת טקסטיל ריינס מבוססת, מבחינה עיונית, על עמדת פרופ' ש' לרנר בספרו המחאת חיובים (2002) (להלן: לרנר) המטיל את עיקר הכובד על תכלית תניית הגבלת העבירות, באומרו כך:

"...מטרותיה של ההגבלה... עשויות להשפיע על אופן פרשנותה... מסקירת המניעים האפשריים להגבלה על המחאה עולה שהחייב מעוניין להגן על עצמו ואין לו ענין בהשפעה על מערכת היחסים שבין הממחה או נושיו עם הנמחה. משום כך, קביעה שלהגבלה יהיה

תוקף מלא במסגרת יחסי החייב והנמחה, ולא תהא לה השפעה על יחסי הממחה והנמחה, עשויה להלום את כוונת הצדדים... אם ההגבלה לא קבעה במפורש שהממחה תהא בטלה, ניתן לפרש שכוונת הצדדים היתה לבטלותה לגבי החייב, אך לא במישור הממחה והנמחה, שלחייב אין ענין בו" (שם, בעמ' 97-100).

פרופ' י' וייסמן נוטה לעמדה מסוייגת יותר, לפיה ישנם תנאים מסוימים שבהם תישלל תוקפה של המחאת זכות, גם במישור היחסים שבין הנמחים השונים – כך כאשר לצד שמבקש לתת תוקף להעברה היתה ידיעה על ההגבלה, או כאשר ההגבלה נרשמה במרשם פתוח לעיון הציבור. אביא מדבריו כלשונם:

"אנו נוטים לעמדה לפיה בהגבלה על עבירות, בנסיבות שבהן יש לה תוקף, יהיו להגבלה על העבירות תוצאות אישיות (In personam) ולא קנייניות, פרט למקרים שבהם יש לצד שלישי ידיעה על ההגבלה, או כאשר ההגבלה נרשמה במרשם הפתוח לעיון הציבור. במקרים אחרונים אלה, אפשר לקבל את התוצאה שההגבלה על העבירות תשלול את עצם היכולת של בעל הנכס להעבירו, אם תוכן ההגבלה מעיד כי לכך היתה הכוונה. (י' וייסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף (1997), בעמ' 107-110) (להלן: וייסמן, בעלות ושיתוף); (ההדגשה שלי – ח.מ.).

זה המקום לציין כי פרופ' מ' דויטש מציג עמדה שונה. לתפיסתו, יש להבחין בין הגבלת עבירות "המגדירה אינהרנטית את הזכות הנבחנת, ומהווה יסוד 'פנימי' במהותה של הזכות" לבין מצבים אחרים. לשיטתו, כאשר מדובר בהגבלה אינהרנטית, העברת הזכות תהיה חסרת תוקף גם כלפי בעל זכות מתחרה, ולא רק כלפי מקנה הזכות, שיצר את הגבלת העבירות. פרופ' דויטש רואה את המצבים של המחאה ומשכון-זכויות כשייכים לפרדיגמה של הגבלות אינהרנטיות. במקרים השיריים, לעומת זאת, כאשר ההגבלה אינה אינהרנטית לזכות, סובר פרופ' דויטש כי הגבלת ההעברה לא יכולה לשמש כטענה בפי בעל זכות מתחרה (מ' דויטש קניין (2007), כרך ד' עמ' 462-465) (להלן: דויטש, קניין). יש לציין, עם זאת, כי גם פרופ' דויטש מסכים כי בהקשר של חוזי חכירה מול המינהל "הגבלת העבירות נושאת אופי בעייתי" וכי קיימת הסתייגות מהגבלת העבירות – כזו אשר "מדיניות משפטית המגשימה הסתייגות זו יכולה להגביל את עוצמת תוקפה של הגבלת העבירות כלפי חוץ, כאמצעי לדכא הוראות כאלו" (שם, בעמ' 445).

סקירה של יחס המשפט המשווה לסוגיה זו נעשתה בע"א 1662/99 חזקיהו חיים נ' אליהו חיים, פ"ד נו(6) 295 (2002), בעמ' 324 (להלן: עניין חיים). מסקירה זו עולה

כי הגישה האמריקאית מייחסת תוקף משפטי מלא במעגל החיצוני להעברת זכות הנוגדת תניית הגבלת עבירות. באנגליה הכלל הנוהג הוא כי הגבלת עבירות בהסכם שוללת את תוקף ההעברה במעגל הפנימי בלבד, ובגרמניה אין תוקף להעברה הנוגדת תניית הגבלת עבירות – במעגלים הפנימי והחיצוני. בעניין חיים נחלקו השופטים בדעתם. השופטת א' פרוקצ'יה גרסה כי תניית הגבלת העבירות היא בעלת תוקף במעגל החיצוני, מאחר שראתה באותה תנייה תנאי מתלה לחוזה. השופט ט' שטרסברג-כהן, מאידך, הציגה עמדה שונה, לפיה תניית הגבלת העבירות איננה בעלת תוקף במעגל החיצוני – זאת על סמך יישום המבחנים שהתווה השופט י' טירקל בפרשת טקסטיל ריינס. הנשיא א' ברק, השאיר את השאלה העקרונית בצריך עיון, והצטרף לתוצאה לפיה תניית הגבלת העבירות לא חלה שם במעגל החיצוני (מחוץ ליחסים בין הממחה לבין המינהל והסוכנות היהודית, שכן דובר שם בחוזה משולש), אך הוא ביסס זאת על קביעה עובדתית, שנשענה על קביעת אומד דעת הצדדים, לפיה החוזה באותו עניין לא היה בעל תנאי מתלה של הסכמת המינהל (והצדדים הנוספים לחוזה המשולש).

מן הכלל אל הפרט

36. מבין כל העמדות שנסקרו, בקצרה, לעיל, נראית לי העמדה כי יש לבחון את תכלית תניית הגבלת העבירות ומאפייניה, ועל סמך אלו, לקבוע אם ראוי לה שתחול רק במעגל הפנימי, או גם במעגל החיצוני. עם זאת, גם הסייגים עליהם עמד פרופ' ויסמן הם חיוניים ביותר, ובהתקיימם – לא יהא תוקף להעברת הזכות (או לרישום המשכון) המנוגדת להגבלת העבירות, גם במעגל החיצוני. אכן, תניית הגבלת העבירות בענייננו, הינה בעלת אופי מרוסן יותר מזו שמתוארת בפרשת טקסטיל ריינס, ושיקולי המינהל לפיה הינם, בעיקרם, בעלי אופי כלכלי (ולכאורה אין לראות בהם, לפיכך, כאלה שיביאו לתחולת ההגבלה גם על מי שלא היו מודעים לה). כמו כן, לא נראה שאומד דעת הצדדים, בוטח וכהן, מלמד ששטר המשכון, עליו חתמו, הוגדר כבעל תנאי מתלה בדבר של אישור נדרש מהמינהל. ואולם, בענייננו, חל אחד הסייגים עליהם עמד פרופ' ויסמן. זאת מאחר שבוטח ידעו על תניית הגבלת העבירות – הצורך בהסכמת המנהל כתנאי לרישום המשכון – ואף הוזהרו על כך במפורש על ידי עורך הדין הנדל, עובר לרישום המשכון. עולה מכל האמור, כי בנסיבות שלפנינו, ראוי להחיל את תניית הגבלת העבירות גם במעגל החיצוני ולקבוע כי המשכון שנרשם לטובת בוטח במאגר המשכונות איננו תקף – גם במישור היחסים בין בוטח למגדל.

37. נוכח העובדה שהמשכון שנרשם לטובת בוטח היה חסר תוקף, אין, אפוא, בענייננו תחרות זכויות אמיתית בין מגדל ובין בוטח – והמשכון התקף היחיד הוא

המשכון שנרשם על שם מגדל. לפיכך, נשאר את יתר השאלות המעניינות שהעלו הצדדים בקשר לתחרות זכויות בין משכונות ועל דרך הבדיקה באשר לקיומן של עיסקאות במקרקעי מינהל – לעתיד לבוא. עם זאת ראוי להציע (ולהזהיר) כי מי שמבקש לעשות עיסקה במקרקעי מינהל יבדוק אם הזכויות חופשיות משעבודים, לא רק במשרדי המינהל, אלא גם במאגר המשכונות, שהיום הוא כל-ארצי, ממוחשב ואף נגיש באופן מקוון.

38. לסיכום, המשכון התקף היחיד שנרשם בענייננו, היה המשכון לטובת מגדל ולפיכך זכאית היא להיפרע כדי מלוא זכויותיה הכספיות מפדיון הנכס. בוטח יוכלו לגבות את חובם מכהן, אשר הועמד, כפי שהבהרתי בפיסקה 32 שלעיל, על סך 713,000 ש"ח, אך זאת רק במעמד של נושים רגילים – בלתי מובטחים.

הערעור שכנגד

39. בערעור-שכנגד משיגה מגדל על כך שבית משפט קמא נמנע מלחייב את בוטח בשכר טרחתה והוצאותיה, אף שחייב אותם בהוצאותיהם של כהן. לטענתה, היא נטלה חלק פעיל ומלא בתיק, כולל הגשת כתבי טענות וחקירת עדים. כמו כן, עצם הגשת התביעה על ידי בוטח הביאה לעיכוב בהעברת כספי המכירה למגדל, אף שנקבע שהגיעו לה כדין. כאן המקום לציין, כי בקשתה של מגדל לתיקון פסק הדין בהקשר זה נדחתה על ידי בית משפט קמא.

40. לאחר עיון בטענות, באתי למסקנה כי דינו של הערעור-שכנגד – להידחות. פסיקת הוצאות היא נושא המסור באופן מובהק לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית, ובית משפט של ערעור לא יתערב בכך, אלא בנסיבות יוצאות דופן (ראו: ע"א 378/78 קלינגר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד לג' (1) 509, בעמ' 510 (1979); ע"א 268/81 ברעם נ' גרטי, פ"ד לח' (2) 45, בעמ' 53 (1984); ע"א 1937/92 קוטלר נ' קוטלר, פ"ד מט' (2) 233, בעמ' 246-247 (1995)). במקרה זה אין כל הצדקה להתערבות שכזאת. על השתתפותה של מגדל בהליכים אלה – אין למגדל להלין אלא על עצמה: כיוון שלא בדקה במאגר המשכונות את מצב הזכויות בנכס, היא לא הבטיחה בצורה ראויה ובלתי ניתנת לערעור את מעמדה כנושה מובטח, ולפיכך היא נאלצה להשתתף בהליך ולהמתין לבירור הסוגיה בכל הערכאות. על כן, גם לגופו של עניין ההחלטה שלא לחייב את בוטח בהוצאות מגדל היתה נכונה, בנסיבות.

41. אם תתקבל דעתי, אציע איפוא לחברי לקבל את ערעור בוטח כנגד כהן, בחלקו, כפי שפירטתי לעיל, תוך ביטול חיוב ההוצאות ושכר טרחת עורכי הדין שהושתו על בוטח בבית המשפט המחוזי הנכבד. כן אציע לדחות את ערעור בוטח כנגד מגדל, ולדחות במקביל את הערעור-שכנגד של מגדל כנגד בוטח. עוד אציע כי כהן ישלמו

לבוטח שכר טרחת עורכי דין בשתי הערכאות ביחד בסך של 25,000 ₪ ולא יעשה צו להוצאות לטובת מגדל, או לחובתה.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה-לנשיא (בדימ')

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, ח' באלול התשע"ב (26.8.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא (בדימ')