



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8881/07

לפני :

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

המערערים :

1. רמי לב
2. נירה לב

נ ג ד

המשיבים :

1. אליאס טובי
2. גילה יהודאי
3. עיזבון גב' עדנה ולטר ז"ל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה
מיום 29.08.2007 ב-ת"א 1578/00, שנין על-ידי כב'
השופט ג' גינת

תאריך הישיבה :

כ"ה בטבת תש"ע (11.1.10)

בשם המערערים :

עו"ד שי ניידרמן

בשם המשיבים 1-2 :

עו"ד פארס מטאנס ; עו"ד עבוד
עו"ד בנימין שגיב

בשם המשיבה 3 :

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט המחוזי בחיפה (כב' סגן הנשיאה, השופט ג' גינת), שבגדרו נדחתה תובענת המערערים לסעד הצהרתי בקשר עם זכויותיהם הנטענות לגבי חלק מהרכוש המשותף בנכס, מושא הערעור.

לא אחזור כאן על כל פרטי המחלוקת שבין הצדדים, שעיקרם נסקר בפסק דינו של בית המשפט קמא הנכבד, אלא אציין בתמצית את הנתונים העיקריים הדרושים להכרעה.

תמצית העובדות

2. במוקד הסכסוך מצויות הזכויות הצמודות לדירה מס' 1, בבית משותף בן ארבע דירות ברח' אלחנן 13 בחיפה (להלן: הבנין). בעלי הדירות בבניין הם אלה: דירה מס' 1 – עיזבון המשיבה 3, עדנה ולטר ז"ל (להלן: גב' ולטר), שהלכה לעולמה בשנת 2009. דירה מס' 2 – משפחת רותם שאיננה צד לסכסוך; דירה מס' 3 – אמו של רמי לב – המערער 1; דירה מס' 4 – המערערים, רמי ונירה לב (להלן יחד: לב).

3. המשיבים 1 ו-2, אליאס טובי וגילה יהודאי (להלן יחד: טובי-יהודאי) חתמו בתאריך 28.6.2000 על הסכם עם גב' ולטר לרכישת מלוא הזכויות בדירה שהיתה בבעלותה (להלן: דירת ולטר), לרבות הרכוש המשותף בבניין שהיה מוצמד לדירה (להלן: הסכם רכש-הדירה). לב טוענים כי עובר לחתימה על ההסכם בין גב' ולטר לטובי-יהודאי נחתמו שני הסכמים בין גב' ולטר לבינם (להלן: הסכמי לב-גב' ולטר), שבהם רכשו לב את זכויות גב' ולטר בגג ובחצר האחורית של הבניין, על דרך של קבלת התחייבות מצידה של גב' ולטר שלא להתנגד להצמדה לדירתם של הרכוש המשותף בגג ובחצר האחורית (להלן: זכויות המריבה) וכן להעביר לרשותם את זכויות הבנייה על הגג שהיו מוקנות לה – וכל זאת בתמורה ל-8000 דולר ארה"ב (במצטבר, בשני ההסכמים), אשר שולמו ונתקבלו, לטענתם, על ידי גב' ולטר. גב' ולטר לא חתמה על יפוי כוח לצורך הצמדת זכויות המריבה לדירת לב על ידי נציגות הבית המשותף, ולפיכך פנו לב, כארבע שנים לאחר חתימת ההסכם הראשון שלהם עם גב' ולטר, וכשנה לאחר חתימת ההסכם השני שלהם עם גב' ולטר, לרשם המקרקעין – לצורך רישום הערת אזהרה על זכויותיהם מכוח ההסכמים הנ"ל. רשם המקרקעין והמפקחת סירבו לרשום את הערת האזהרה המבוקשת, בסוברם כי לא ניתן לרשום הערת אזהרה בדבר עיסקה ברכוש המשותף. ההערה המבוקשת נרשמה לבסוף, רק לאחר ערר שהוגש לממונה הארצית על מרשם המקרקעין, ואולם זו קבעה שרישומה של ההערה יהיה מיום ההחלטה (יולי 2001) ולא מיום 25.06.2000, המועד בו הוגשה הבקשה לרישום הערת האזהרה. רק בערעור על החלטת הממונה הארצית לבית המשפט המחוזי, נקבע כי הערת האזהרה תחשב כאילו נרשמה בתאריך הגשת הבקשה המקורית, קרי בתאריך 25.6.2000.

בתאריך 3.8.2000 הגישו לב תובענה על דרך של המרצת פתיחה ובגדרה ביקשו שבית המשפט יצהיר כי זכותם בגג הבניין ובחצר – מכוח העיסקאות שעשו עם גב' ולטר – עדיפה על זכותם של טובי ויהודאי.

4. נוכח ההתנגשות בין העיסקאות הנ"ל – בית המשפט נדרש לקבוע איזו מהעסקאות גוברת על רעותה. זו היתה השאלה העיקרית בפני בית המשפט הנכבד קמא, והיא אף זו העומדת בבסיס ערעור זה.

אפתח בתיאור תמציתי של עיקרי הכרעתו של בית המשפט הנכבד קמא.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד

5. את התובענה הגישו לב בדרך של המרצת פתיחה, אך בית המשפט הורה כי התובענה תשמע כתביעה רגילה. ביום הדיון, לאחר סיום קדם המשפט והגשת תצהירי העדות הראשית, הודיע בא כוחה של גב' ולטר, עו"ד בנימין-מרדכי שגיב (להלן: עו"ד שגיב), כי עקב מצבה הבריאותי של גב' ולטר היא איננה יכולה להעיד.

6. בית המשפט הנכבד קמא ביסס מספר ממצאים עובדתיים. בין היתר קבע כי לא הוכח לפניו כי בפועל ניתנה תמורה מלב – לגב' ולטר. קביעה זו ביסס בית המשפט קמא, בין השאר, על העובדה שהתובעים לא טרחו להזמין את גב' ולטר לעדות, כשהדבר היה עדיין אפשרי. בית המשפט קמא הסתפק בקביעה זו בדבר אי-הוכחת התמורה, אך נמנע מלהכריע באופן פוזיטיבי בשאלה אם אכן נכרתו הסכמים תקפים בין לב לגב' ולטר – זאת אף שעמד על עצם המחלוקת שהתגלעה בין הצדדים, גם לגבי סוגיה זו. יחד עם זאת, מהעובדה שבית המשפט קמא סיווג את המקרה שלפניו כמקרה של עסקאות נוגדות, עולה שהנחת המוצא של בית המשפט קמא היתה שההסכמים שנחתמו בין לב לבין גב' ולטר היו תקפים. עוד קבע בית המשפט קמא, בין השאר: כי טובי-יהודאי לא ידעו על טענותיהם של לב לגבי זכויות המריבה, בעת שחתמו על הסכם הרכישה שלהם מול גב' ולטר; כי הסכם לב-גב' ולטר הנוגע לחצר האחורית דווח לרשויות המס רק כשנה לאחר שנחתם, כי לא ברור אם מס שבח בגינו שולם כלל וכי לא הוכח שהסכם לב-גב' ולטר, הנוגע לגג, דווח אי-פעם לרשויות המס.

7. בפן המשפטי, בית המשפט הנכבד קמא ציין כי, לכאורה, על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), יש ליתן עדיפות לעסקאות הראשונות

בזמן – עסקאות לב-גב' ולטר, שכן עסקת המכר בין גב' ולטר לטובי-יהודאי, המאוחרת בזמן, לא הסתיימה ברישום. ואולם, בשלב שני הוא נפנה לבחון את נסיבות ביצוע העסקאות ואת תום ליכס של הצדדים, בראי ההלכה שנקבעה בע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003) (להלן: הלכת גנז). בית המשפט הנכבד קמא קבע כי השתהות לב בהגשת בקשתם לרישום הערת אזהרה, כפי שתוארה לעיל, מהווה התרשלות מצידם, העולה כדי חוסר תום-לב במשמעותו ובנפקותו המשפטית, אשר גרמה כאן להתרחשות "תאונה משפטית". נקבע, כי בעת התגבשות העסקה בין גב' ולטר לטובי-יהודאי לא היתה בנמצא הערת אזהרה כלשהי בדבר קיומה של עסקה ביחס לחצר או לגג, ולפיכך לא היתה כל אינדיקציה שהיה בה כדי להזהיר קונים פוטנציאליים. כן קבע בית המשפט הנכבד קמא כי לא היה ברישום הרטרואקטיבי של הערת האזהרה כדי לאיין את אחריות לב ל"תאונה המשפטית" שקרתה פה.

8. בסופו של יום דחה אפוא בית המשפט הנכבד קמא את תביעת לב, ביטל את הערת האזהרה שנרשמה לטובתם, וקבע כי כל זכויות גב' ולטר בדירה (לרבות ההצמדות ברכוש המשותף) יועברו על שם טובי-יהודאי, על פי תנאי ההסכם שנחתם ביניהם, כפוף למילוי הוראות כל דין ונוהל. לב חויבו גם בהוצאות המשפט וכן בשכ"ט עו"ד של המשיבים בסך 40,000 ₪, בתוספת מע"מ.

טענות המערערים

9. בפתח טענותיהם טוענים לב טענה דיונית, לפיה, בית המשפט קמא לא יכול היה לבסס את פסק דינו על הלכת גנז, שכן כתב ההגנה של טובי-יהודאי לא כלל כל התייחסות לחוסר תום-לב או התרשלות מצד לב, או להסתמכות על מרשם המקרקעין, ולפיכך כל טענה מסוג זה מהווה, בהכרח, הרחבת חזית פסולה. לעניין זה מפנים לב לפסק הדין בד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253 (1981) (להלן: עניין ורטהיימר) שבו העדיף השופט (כתוארו אז) א' ברק שלא לדון בהשפעת אי-רישום הערת אזהרה על ידי הקונה הראשון על עדיפותו בתחרות העסקאות הנוגדות – וזאת, לשיטת לב, על רקע היעדר טענות בעניין מצד הקונה השני.

10. לב טוענים עוד כי בית המשפט הנכבד קמא שגה בהטילו ספק בהשלמת העסקאות בינם לבין גב' ולטר למכירת הזכויות בגג ובחצר. לעניין קביעת בית המשפט הנכבד קמא כי לא הוכח ששולמה בפועל תמורה עבור ההסכמים, לב

טוענים כי גב' ולטר בעצמה, בכתב הגנתה ובתצהיר שהגישה לבית המשפט קמא, לא טענה שהתמורה לא שולמה לה. באשר לעדותה של גב' ולטר בפני בית המשפט הנכבד קמא, לב טוענים כי רק ביום הדיון הוברר להם כי גב' ולטר לא תוכל להעיד מפאת מצבה הבריאותי, וכן כי בית המשפט הנכבד קמא טעה כשדחה את בקשת לב להעיד את בא-כוחה של גב' ולטר, עו"ד שגיב, על מעורבותו במשא ומתן עם טובי-יהודאי למכירת הדירה – עדות ממנה ניתן היה ללמוד, לטענת לב, על ידיעת טובי-יהודאי על הסכמי לב-גב' ולטר, כבר בשלב המשא-ומתן לרכישת זכויות גב' ולטר בנכס.

11. לעניין העסקאות הנוגדות, לב טוענים כי היה על בית המשפט להעדיף את העסקאות שלהם עם גב' ולטר על פני העסקה המאוחרת בין גב' ולטר לטובי-יהודאי, וזאת בהתאם להוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין בהקשר זה. נטען, כי אף שבית משפט קמא ראה להחיל את סעיף 9 לחוק המקרקעין על המכלול – החלטתו ליישם את הלכת גנז על המקרה – שגויה, בראש ובראשונה מהנימוק שמדובר בהלכה חדשה שבאה לעולם לאחר המועד שבו נחתמו הסכמי לב-גב' ולטר ואף לאחר הגשת התביעה, מושא ערעור זה, ותחולתה צריכה להיות פרוספקטיבית בלבד, על מנת שלא לפגוע באינטרס ההסתמכות של הציבור ובעקרון הוודאות. לחילופין, טענו לב כי יש לאבחן את המקרה דנן מהמקרה שעמד בבסיס הלכת גנז, על יסוד ההבדלים הבאים:

(א) לב אינם אחראים ל"תאונה המשפטית", שכן הם הגישו בקשה לרישום הערת אזהרה בטרם התקשרות טובי-יהודאי וגב' ולטר בהסכם רכש-הדירה – הערה שלא נרשמה, לטענתם, אך בשל טעות של רשם המקרקעין, ואשר נרשמה בסופו של דבר באופן רטרואקטיבי לתאריך מוקדם לתאריך חתימת הסכם רכש-הדירה על ידי גב' ולטר וטובי-יהודאי.

(ב) העיכוב ברישום הערת אזהרה בעניינינו קצר בהרבה (כשנה מההסכם השני שנחתם בינם לבין גב' ולטר וכארבע שנים מההסכם הראשון שנחתם בינם לבינה) – מהעיכוב שעמד בבסיס הלכת גנז (17 שנה).

(ג) השתהות לב ברישום הערת אזהרה, ממועד רכישת הזכויות ועד מועד הגשת הבקשה לרישום ההערה, נבעה מהעובדה שהיחסים בין לב לבין גב' ולטר היו "יחסים טובים שהושתתו על אמון מלא", שבגינם לא ראו לב צורך לרשום הערת אזהרה – זאת בניגוד למצב שעמד בבסיס הלכת גנז, ששם היחסים בין

המוכר למתקשר הראשון היו יחסים בין זרים. לטענתם, רק משנתגלעה מחלוקת בינם לבין גב' ולטר – הם החליטו להגיש בקשה לרישום הערת אזהרה.

(ד) להבדיל מעובדות הלכת גנו, במקרה דנן לא היתה הסתמכות מספקת, מצד טובי-יהודאי, על המרשם הרלבנטי. לטענת לב, הרישום הרלבנטי בענייננו הוא תקנון הבית המשותף (להלן: התקנון), רישום אשר טובי-יהודאי כלל לא טענו שהסתמכו עליו.

(ה) פעולותיהם של טובי-יהודאי, כקונים שניים, נעשו בחוסר תום-לב, ולפיכך אין להעדיף את העסקה שלהם על פני העסקה הראשונה. לעניין זה מפנים לב לפסק הדין בע"א 790/97 בנק המזרחי נ' גדי פ"ד נט(3) 697, בעמ' 711 (2004) (להלן: עניין גדי), שם נקבע כי שלילת זכויות הקונה הראשון בשל אי-רישום הערת אזהרה, אינה לגיטימית כשבעל הזכויות המתחרות לא נהג בעצמו בתום-לב. בפן העובדתי טוענים לב כי בית המשפט קמא שגה בקביעתו כי טובי-יהודאי לא ידעו על הסכם לב-גב' ולטר בעת חתימתם על ההסכם עם גב' ולטר. לב מבקשים לבסס טענה זו על נוסח הסכם מכירת הדירה לטובי-יהודאי – שקבע כי הדירה נמכרת "As-is", ואשר פטר את גב' ולטר מכל אחריות לפגם בדירה או בכריתת החוזה של הדירה, וכן על השמטה מחוזה מכר הדירה הסופי (בין טובי-יהודאי לגב' ולטר) של הערה בכתב יד שהופיעה בטיוטה מוקדמת של הסכם המכר, שביקשה להגדיר במפורש את הרכוש הצמוד לדירת גב' ולטר כ- 32/85 חלקים מהרכוש המשותף. לב מוסיפים כי גם אם מקבלים את ההנחה, שטובי-יהודאי לא ידעו על עסקת לב-גב' ולטר בטרם חתימת ההסכם, הרי שבכל מקרה גילו עליה ימים ספורים לאחר מכן – ובמצב כזה, נדרש היה מהם להקפיד את העסקה עם גב' ולטר עד לבירור זכויות לב בנכס. הימנעות מכך מהווה, לשיטת לב, חוסר תום-לב מצד טובי-יהודאי. לב מבקשים לבסס טענה זו על פסק הדין בע"א 4836/06 עיזבון חמוד ז"ל נ' חרב, בעמ' 16 (לא פורסם, 13.7.08) (להלן: עניין חמוד) שקבע כי:

"קונה מאוחר שטרם השלים את עסקתו, ובמהלכה מתגלית לו הערת אזהרה נוגדת, עומד בפני 'תמרור אזהרה'... שאין הוא יכול להתעלם ממנו ולהמשיך בביצוע העסקה, תוך התעלמות בפועל מזכויותיו של אחר."

עוד טוענים לב כי המבחן לבחינת תום-הלב הנדרש מהשני בזמן הינו מבחן אובייקטיבי, ועל כן יש לייחס לטובי-יהודאי, למצער, חוסר תום-לב קונסטרוקטיבי, נוכח השימוש והאחזקה הבלעדיים של לב בקרקע, מושא זכויות המריבה, אשר היו צריכים להוות תמרור אזהרה לרוכש פוטנציאלי (כאן: טובי-יהודאי).

12. לצד טענות לב כנגד קביעות בית המשפט הנכבד קמא לגוף הסכסוך, טוענים לב גם נגד קביעותיו לעניין גובה שכר הטרחה והוצאות המשפט (להלן ביחד: הוצאות) שנפסקו לחובתם. לב טוענים כי נוכח המספר המועט של ישיבות קדם-משפט וישיבת ההוכחות האחת שהתקיימו בתיק, שיעור ההוצאות שנפסק לחובתם היה גבוה יתר על המידה, במידה המצדיקה התערבות בית משפט זה.

טענות המשיבים

13. טובי-יהודאי סומכים מנגד ידם על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לטענתם אין להתערב בממצאים העובדתיים של בית המשפט הנכבד קמא, אשר נקבעו, בין השאר, על סמך התרשמות ישירה מהעדים. זאת בהתאם לכלל הידוע לפיו אין זו דרכו של בית משפט שלערוור להתערב בממצאי עובדה של ערכאה דיונית, אלא בנסיבות חריגות בהן נפל בממצאים אלו פגם היורד לשורש העניין או כשהממצאים העובדתיים לא עומדים במבחן ההיגיון והשכל הישר.

14. לטענת טובי-יהודאי, בית המשפט קבע באופן פוזיטיבי, תוך מתן נימוקים והפניה לגוף העדויות, כי טובי-יהודאי היו תמי לב בעת שחתמו על ההסכם עם גב' ולטר וכי לא ידעו על העסקה בין לב לגב' ולטר – וקביעה זו צריכה לעמוד. כן חוזרים הם על טענתם כי לא היו מודעים לשימוש בלעדי של לב בחצר. עוד לעניין שאלת תום-הלב טוענים טובי-יהודאי כי תום-הלב הנדרש במסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין צריך להבחן לפי מבחן סובייקטיבי ולא אובייקטיבי.

15. לעניין עדיפות ההסכם של טובי-יהודאי על פני ההסכמים של לב-גב' ולטר, טובי-יהודאי טוענים כי על אף ההסדר בסעיף 9 לחוק המקרקעין – זכותם עדיפה על זכותם של לב, מכוח עקרונות תום-הלב, כפי שקבע אותם בית המשפט הנכבד קמא. לעניין תחולת הלכת גנז, טובי-יהודאי טוענים כי כבר נקבע על ידי בית משפט זה כי יש מקום להחלה אקטיבית של תקדימים על מקרים תלויים ועומדים שטרם הגיעו לכדי פסק דין. לעניין זה סומכים טובי-יהודאי על אופן ההתנהלות במספר תיקים בעניינים דומים בבית משפט זה, שהחלו להידון

בטרם קביעת הלכת גנז, ושבהם נמנע בית המשפט ממתן החלטה עד מתן הלכת גנז והחיל את ההלכה האמורה עליהם בסופו של דבר.

16. לעניין אחריות לב ל"תאונה המשפטית", טובי-יהודאי טוענים כי השתלשלות העניינים הקונקרטיים בעניין רישום הערת האזהרה אינה משנה את העובדה שבעת בדיקת המרשם על ידם, לא הופיעה כל הערה לטובת לב. יותר מכך, לטענת טובי-יהודאי, התקופה שחלפה – בין מועד חתימת הסכמי לב-גב' ולטר הנטענים, לבין מועד בקשת לב לרישום הערת האזהרה (כשנה מחלוף ההסכם השני, וכארבע שנים מחלוף ההסכם הראשון) – מעידה, כשלעצמה, על התרשלות, אשר גרמה ל"תאונה משפטית", וזו עולה כדי חוסר תום-לב בהתאם להלכת גנז. לעניין טענת לב, שהעיכוב ברישום הערת אזהרה נבע מיחסי האמון בין לב לגב' ולטר, טוענים טובי-יהודאי, כי נוכח סירוב גב' ולטר לחתום על ייפוי הכוח לשינוי התקנון, אין מקום לטעון כי שררו יחסי אמון כאמור. טובי-יהודאי מוסיפים כי הטענה בדבר יחסי האמון הועלתה בשלב מאוחר ולפיכך היא מהווה הרחבת חזית אסורה.

17. אשר לטענת לב כי טובי-יהודאי לא הסתמכו על המרשם הרלבנטי, שהוא התקנון לשיטת לב – טובי-יהודאי גורסים כי התקנון איננו המסמך הרשמי אותו היה עליהם לבדוק, ודי בכך שבדקו את נסח הרישום, כדי שתקום להם טענת הסתמכות. למעלה מהנדרש, לשיטתם, מציינים טובי-יהודאי כי הם בדקו גם את התקנון במסגרת בדיקותיהם הכלליות טרם הרכישה ואף מסמך זה לא יכול היה לשמש תמרור אזהרה בנסיבות.

18. לבסוף טוענים טובי-יהודאי כי אין ללמוד מפסק הדין בעניין חמוד לענייננו, זאת נוכח הבדלים מהותיים בין העובדות העומדות בבסיס ההכרעה בעניין חמוד – לנסיבות שבפנינו.

19. בטרם דיון בערעור לגופו ולצורך השלמת התמונה, ראוי לתת את הדעת גם להסכם שנחתם בין לב לגב' ולטר עקב תביעה נפרדת שהגישו לב נגד גב' ולטר בבית משפט השלום בחיפה, ואשר קיבל תוקף של פסק דין. הסכם זה הגיע לידיעתנו רק במהלך הדיונים שהתקיימו לפנינו בתיק זה, ועותק שלו הועבר אלינו, לבקשתנו, על ידי בא-כוח לב. בהסכם, שנחתם בתאריך 13.9.05, ולא גולה לבית משפט זה מראש, נקבע כי גב' ולטר לא תעיד בישיבה שנקבעה לתאריך

15.9.05 בפני בית המשפט קמא, כי בא-כוחה של גב' ולטר יתפטר מייצוג מרשתו ויעיד על מודעות טובי-יהודאי להסכמי לב-גב' ולטר עובר לחתימה על הסכם רכש-הדירה. כן נקבע כי לב ישפו את גב' ולטר, במידת הצורך, בגין סכומים שתחויב לשלם לטובי-יהודאי, אם תוגש תביעה על-ידם נגדה. התחייבות זו הותנתה בשמירת ההתחייבות בסוד. התנהלות הצדדים שבאה לידי ביטוי בהסכם הנ"ל, יש בה כדי לשפוך מעט אור נוסף על הפרשה שלפנינו, וכן על תום ליבם של המערערים במכלול.

דיון והכרעה

20. אומר כבר בפתח הדברים, כי לאחר בחינת טענות הצדדים וכל החומר שהוגש לנו – עמדתי היא כי דין הערעור להדחות. אפרט להלן את הנימוקים שבבסיס מסקנתי זו.

21. טענת לב, כי אין להחיל את הלכת גנו באופן רטרופקטיבי, לא עולה בקנה אחד עם ההלכות שנקבעו על ידי בית משפט זה, ומטעם זה אין לקבלה. ברע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח עבד אלחמיד (לא פורסם, 27.2.2006) (להלן: הלכת סולל בונה) נקבעה חזקה לפיה הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרופקטיבית והן פרוספקטיבית. עם זאת, נקבע כי חזקה זו ניתנת לסתירה, כך שניתן לקבוע שהלכה חדשה תחול פרוספקטיבית בלבד, אך זאת לאחר איזון בין האינטרסים השונים, כשלאינטרס ההסתמכות על ההלכה הישנה יינתן משקל מיוחד באיזון זה. לאחרונה נדרש בית משפט זה ליישם את הלכת סולל בונה, בהרכב מורחב, במסגרת דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ (לא פורסם, 14.7.201). הדעות באותו עניין נחלקו, והתוצאה האופרטיבית היתה החלה רטרופקטיבית מוגבלת של ההלכה שעמדה שם במוקד העניין – קרי החלה מתאריך קבוע מסוים בעבר. עם זאת, דומה כי השיקול שהכריע את הכף באותו עניין לטובת הגבלת הרטרופקטיביות של תחולת ההלכה, ואשר עמד אף בבסיס חוות הדעת שתמכו בהחלה פרוספקטיבית בלבד של ההלכה, היה "האינטרס הציבורי". זאת מאחר ששם היתה זו המדינה שהסתמכה על ההלכה הישנה, והחלה רטרופקטיבית של ההלכה היתה עלולה לפגוע באופן משמעותי בהכנסות המדינה. בענייננו אין זה המצב. הלכת גנו לא נולדה "יש מאין" והיא מהווה, למעשה, יישום של הדוקטרינה הכללית בדבר עקרון תום הלב, שמקורה הפורמאלי בהוראות הסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (ראו לעניין זה בהלכת גנו, בפסקאות 15-17 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק),

ואשר חלה גם על דיני הקניין בכלל וחוק המקרקעין בפרט (ראו: רע"א 6339/97 דוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, בעמ' 275-276). אכן, בעבר נקבע על ידי בית משפט זה כי הימנעות קונה ראשון מרישום הערת אזהרה לא תביא להעדפת קונה שני, תוך סטייה מהוראות סעיף 9 לחוק המקרקעין (ע"א 839/90 דו חברה לבנין בע"מ נ' אברהם אירנשטיין פ"ד מה(5) 739, בפסקה 7 (1991) (להלן: עניין דו)), ואולם, "הרהורי כפירה" בקביעה זו הועלו בפסיקה מאוחרת יותר, והסוגייה אף הושארה ב"צריך עיון" במספר מקרים, חרף קביעותיו הקודמות של בית משפט זה (ראו: ע"א 328/94 יפה מילר נ' אילן יוסף פ"ד נ(3) 378, בפסקה 6 (1996) (להלן: עניין מילר); ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב פ"ד נג(4) 199, פסקה 17 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק; לגלגולי ההלכה בסוגיה – ראו: מנחם מאוטנר "תחרות זכויות": השפעת החוק, נפתולי הפסיקה ויחסי האקדמיה ובית המשפט" ספר דניאל 331 (2008) (להלן: מאוטנר)).

היכולת להסתמך על קביעות בית המשפט בעניין דו נחלשה, אם כן, במשך הזמן, ככל שהושמעו בפסיקה יותר ויותר "רמזים מטרימים" לשינוי ההלכתי שהסתמן. יוצא, אפוא, כי מידת ההסתמכות הסבירה והלגיטימית של לב, ואחרים במצבם, שלא יפגעו מאי-רישום הערת אזהרה, לא היתה גבוהה במיוחד, בוודאי לא במידה כזו המצדיקה את סתירת החזקה בדבר תחולה רטרואקטיבית ופרוספקטיבית של הלכות חדשות.

ניתן לציין עוד כי מאז שהתפרסמה הלכת גנו, בשנת 2003, מספר פסקי דין, בסכסוכים שנוצרו קודם לפרסום ההלכה, החילו את ההלכה החלה רטרואקטיבית (ראו: ע"א 1217/03 קבוצת עונאללה לייזום והשקעות בע"מ נ' פואד רפיק ח'אזן פ"ד נח(1) 224, בעמ' 239 (2003); ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן נח(4) 769 (2004) (להלן: עניין ויינברג)).

22. על לטענת לב כי טענות טובי-יהודאי, שהסתמכו על הלכת גנו, היוו "הרחבת חזית אסורה" – יש להשיב כי בנסיבות ענייננו, דין טענה זו להדחות, מהנימוקים שיפורטו להלן. את הכלל בדבר איסור "הרחבת חזית" ניתן לבסס על היסודות הבאים:

"משקבעו הצדדים את רשימת הפלוגתאות העומדות לדיון, גודרת רשימה זו את הסוגיות שבהן ידון בית

המשפט, ואין להרחיב את הדיון לשאלות משולבות של עובדה ומשפט שלא נכללו באותה רשימה" (אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי, בעמ' 91 (מהדורה עשירית, 2009) (להלן: גורן)).

הרציונאל העיקרי העומד בבסיס הכלל האמור הוא מניעת עיוות דין, ובמיוחד הגנה על יכולת הצדדים להתמודד כראוי עם הטענות המובאות בפניהם. גם שיקולים של יעילות תומכים בכלל זה (לסקירה מקיפה של סוגיית "הרחבת חזית" ראו: רע"א 9123/05 אדמוב פרוייקטים (89) בע"מ נ' סיטי סטייט מקבוצת אלפא בע"מ (לא פורסם, 25.10.07) (להלן: עניין אדמוב)). כפי שנאמר כבר בעניין אדמוב, לעניין דחיית טענה בנימוק של הרחבת חזית אסורה:

"...יש לבחון את הדברים מבחינה מהותית. יפים לעניין הדברים הבאים: 'הפרוצידורה היא מסגרת רחבה וגמישה למדי המכוונת לתת לבעל-דין את מלוא האפשרות להציג ולפתח את ענינו בצורה מלאה ושלמה. היא חייבת להישאר כך גם כאשר קורית תקלה או כשבעל-דין עושה שגיאה במהלך המשפט הניתנת לתיקון בלי לגרום עוול לבעל-הדין האחר, ועל בית המשפט להרשות תיקון כזה בנדיבות וברחבות...' (ע"א 189/66 ששון נ' "קדמה" בע"מ, פ"ד כ(3) 477, 479 (1966))."

במסגרת הבחינה המהותית יש ליתן תשומת לב מיוחדת ל"הרחבת חזית", שעניינה טענות עובדתיות חדשות, בשונה מטענות משפטיות. יפים לעניין זה הדברים שנאמרו ב-ע"א 9803/01 תחנת שידור ר"ג בע"מ נ' סנוול ישראל בע"מ, פ"ד נח(3) 105, 116-117 (2004) (להלן: עניין תחנת שידור):

"הכלל של שינוי חזית מופנה בעיקר כלפי טענות עובדתיות, אך גם כלפי טענות משפטיות שיש בהן שינוי מהותי של חזית הטיעון. אולם, כאשר מדובר בטענה משפטית הנמצאת בגדרה של מסגרת עילת התביעה, והנובעת מהנתונים העובדתיים והמשפטיים הפרושים בפני בית המשפט והצד שכנגד – אין לנעול את הדלת בפניה (ע"א 271/75 שושן נ' שושן, פד"י ל(1), 473, 476; ע"א 776/86 עודה נ' מנהל מס ערך מוסף, פד"י מד(4) 652, 658). המערערת לא הוסיפה עובדות, אלא טענה למשמעות המשפטית-פרשנית בלבד, ולכן אין למנוע ממנה העלאת טענה זו..."

ניתן למצוא אבחנה זו במילים הבאות: "בענין העובדות – בית-המשפט מפי בעלי-דין חי, אך בענין החוק – מפי המחוקק" (ע"א 268/56 נוי נ' עיריית חדרה, פ"ד יב 355 (1958)) – ועל דרך ההרחבה ניתן לומר: "בעניין הדין במובנו הרחב – גם מפי בית

המשפט העליון". אבחנה זו מקבלת, בעיני, משנה תוקף, שעה שהיא מכוונת כלפי טענות שמועלות מטעם נתבע, אשר איננו שולט בעיתוי ההליך ובעיצוב עילת התביעה. בענייננו, לא ניתן לקבל את הטענה כי טובי-יהודאי "הרחיבו חזית" במישור הטענות העובדתיות, וספק אם עשו כן אפילו במישור הטענות המשפטיות (אף שהטענה המשפטית לא שוכללה לצורתה הסופית טרם הלכת גנז). בתצהיר שהגיש מר טובי כחלק בלתי נפרד מנימוקי התשובה להמרצת הפתיחה, שהיוו למעשה את כתב ההגנה מצד טובי-יהודאי, נכתב כדלקמן:

"...במידה ואכן היתה עסקה קודמת המתייחסת לרכוש המשותף, הרי כיום מדובר בעסקה מאוחרת שנעשתה בתום לב ובתמורה, על כן, ועל פי ייעוץ משפטי שקיבלתי, היא אמורה להתגבר על כל עסקה קודמת אחרת, במיוחד ואין כל רישום לעסקה הקודמת שניתן היה לבדוק אותו" (ההדגשה שלי – ח"מ).

עולה כי טובי-יהודאי, כבר בתגובתם הראשונה, הניחו, למצער, את היסודות העובדתיים, ובמידה מוגבלת גם המשפטיים, לטענה לפיה הימנעות לב מרישום הערת אזהרה – יש בה כדי להשפיע על תחרות העסקאות הנוגדות שבמכלול. בהקשר זה ראוי להזכיר את אמירתו הקולעת של ד"ר שלמה לוין בספרו: תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (מהדורה שניה, 2008):

"הדין הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה (או טענה) ובעל דין רשאי במהלך טענתו לסמוך על כל הוראת דין שלתוכה הוא יוכל לשבץ את העובדות שיקבעו" (שם בעמ' 158).

ראו גם: ע"א 776/86 א' אחדד עודה נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מ"ד (4) 652 (1990).

ודוק, במקרה שלפנינו כוננה הטענה בדבר "הרחבת החזית" כלפי ההסתמכות על הלכת גנז. חשוב לציין שנוכח נכונות בית משפט זה להחלת הלכות חדשות על תיקים תלויים ועומדים, כפי שפורט בהרחבה לעיל, הרי שטענה של "הרחבת חזית" במצב דברים זה, כלפי עצם ההיזקקות להלכה החדשה במהלך ההליך המשפטי – הינה טענה אינהרנטית למצב הדברים, שכן לעולם לא ניתן לבסס פלוגתא על סמך הלכה שטרם באה לעולם. קבלת טענה דיונית מסוג זה תאיין, הלכה למעשה, את ההלכה המהותית – ולכך אין לתת יד. ייתכן כי נוכח הצורך ליישם את הכלל בדבר הרחבת חזית תוך "בחינה מהותית", הרי שבמקרים מסוג זה שלפנינו, של החלת הלכה חדשה על הליך תלוי ועומד – ייסוג לעיתים הכלל הדיוני מפני הכלל המהותי. מאחר

שבענייננו אין מדובר ב"הרחבת חזית", למצער במישור הטענות העובדתיות, כפי שתואר לעיל, אין אני נדרש לקבוע מסמרות בעניין זה.

לב הפנו עוד לעניין ורטהיימר, בבקשם כי בית המשפט ינהג איפוק, ויכריע בתובענה רק על יסוד המחלוקת כפי שעלתה מכתבי הטענות. דא עקא שבדיקת הדברים העלתה כי הציטוט שהובא בסיכומי לב מתוך עניין ורטהיימר הובא בחלקו בלבד, באופן שיש בו כדי לשבש את מובן הדברים המקורי, תוך השמטת קביעת בית המשפט שם כי:

"לא הועלתה כלל הטענה, כי אי-רישום הערת אזהרה על-ידי הקונה הראשון עשוי להיות יסוד עובדתי לשלילת זכותו לאכיפה, וזאת, כנראה, משום שהיה מקובל על הצדדים, כי מבחינה עובדתית לא ניתן היה לרשום הערת אזהרה..." (ההדגשה שלי – ח"מ).

הציטוט המלא מלמד אפוא כי אין ללמוד כלל מעניין ורטהיימר לענייננו, וחבל שלב בחרו בציטוט מקוטע כאמור.

23. לב משיגים בערעורם, בין השאר, גם על ממצאים עובדתיים שביסס בית המשפט קמא. אין בידי לקבל השגות אלו. כידוע, ערכאת הערעור איננה נוטה להתערב בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אשר שמעה והתרשמה מן העדים והראיות. כך, למעט מקרים חריגים, בהתקיים נסיבות המצדיקות התערבות זו (ראו: ע"א 9555/02 זידאן נ' ברית פיקוח לקואופרציה החקלאית העובדת בע"מ, פ"ד נט (1) 538 (2004); ע"א 1680/03 לוי נ' ברקול, פ"ד נח (6) 841 (2004)). המקרה שלפנינו אין מקומו בגדר אותם חריגים, המצדיקים התערבות מצד ערכאת הערעור. כך לגבי קביעת בית המשפט קמא לעניין ידיעת טובי-יהודאי על הסכמי לב-גב' ולטר עובר לחתימה על הסכם רכש הדירה, אשר התבססה על התרשמותו הישירה והבלתי אמצעית של בית המשפט קמא מעדות גב' יהודאי – התרשמות שאין להתערב בה. כך גם לגבי קביעות בית המשפט קמא לגבי דיווחי לב לרשויות המס, שהתבססו על עדות לב ועל סך כל הראיות שעמדו לפני בית המשפט קמא. דיווחים מאוחרים אלה לרשויות המס (כמו גם ההימנעות מדיווח במקרה אחד) תורמים אף למסקנה שהתנהלותם הכוללת של לב היתה נגועה בחוסר תום לב במשמעותו ובנפקותו המשפטית.

בהקשר זה אעיר עוד – ביחס לספקות שהביע בית המשפט הנכבד קמא לעניין השלמת העסקאות בין לב לגב' ולטר, ובמיוחד בנוגע להעברה בפועל של התמורה במסגרת עסקאות אלו – כי קביעות אלו של בית המשפט הנכבד קמא לא עמדו בבסיס

הנמקתו. זאת דווקא מאחר שבית המשפט קמא ביסס את פסק דינו על הלכת גנו שיישומה מבוסס על ההנחה שמדובר בתחרות בין שתי עסקאות תקפות. שאלת מתן תמורה מלאה על ידי הקונה הראשון איננה נדרשת כלל לשם יישום סעיף 9 לחוק המקרקעין (ראו: עניין מילר, בפיסקה 6), או של הלכת גנו, ולכל היותר יש בה כדי להשפיע על שאלת תום-לבו של הקונה הראשון. בענייננו ביסס בית המשפט קמא את הכרעתו בשאלת תום-הלב של הקונה הראשון על ההימנעות מרישום הערת אזהרה ולא על אי-תשלום התמורה בפועל. כפי שעולה מהמקובץ, ממצאיו העובדתיים של בית המשפט קמא לעניין העברת התמורה לא עמדו בבסיס הכרעתו ולכן אין אני נדרש לדון כלל בנכונותם. במאמר מוסגר אציין כי לקביעות בית המשפט קמא לעניין תשלום התמורה יכולה להיות השפעה במישור היחסים בין לב לעיזבון גב' ולטר, לעניין טענות השבה שיכולות לעלות מצד לב, אשר לא נטענו בהליך שלפנינו. לפיכך, נוכח הימנעותי מדיון בנכונות קביעות אלו, אני רואה לנכון לקבוע כי זכויות לב לטעון בעניין התמורה ישמרו להם, אך רק לעניין תביעת השבה כנגד עיזבון גב' ולטר, ככל שתביעה כזו אפשרית נוכח ההליכים בת.א 17965/01, שהסתיימו, כאמור, בהסדר גישור. נוכח קביעות אלו – אין צורך להידרש כאן גם לטענות לב הנוגעות להעדרת גב' ולטר.

אעבור כעת לדון בטענות לב, לפיהן יש לאבחן את המקרה דנן מהנסיבות שעמדו בבסיס הלכת גנו.

24. לב טוענים, כאמור, כי אין להטיל עליהם את האחריות ל"תאונה המשפטית", נוכח העובדה שהם הגישו בקשה לרישום הערת אזהרה, בטרם נחתם ההסכם בין גב' ולטר לבין טובי-יהודאי, וכן כי משך ההשתהות שלהם בטרם הגישו את הבקשה לרישום הערת האזהרה קצר בהרבה מפרק הזמן שעמד בבסיס הלכת גנו. על כך משיבים טובי-יהודאי בשתי תשובות – תשובה אחת לפיה במבחן התוצאה לא היה רישום שימנע את "התאונה המשפטית" – ודי בכך ליטול את העדיפות מעסקת לב, ותשובה שנייה לפיה, תקופת ההשתהות של לב, עוד בטרם הגישו את בקשת רישום הערת האזהרה, מספיקה, כשלעצמה, כדי לבסס התרשלות וחוסר תום לב. בעוד שאין בידי להסכים עם התשובה הראשונה, מקבל אני את השנייה, אסביר את דברי להלן. הלכת גנו מבוססת, כאמור, מהבחינה העיונית, על עקרון תום-הלב ולא על עצם ההסתמכות של הקונה השני. לפיכך, ככל שניתן לקבוע שהקונה הראשון עשה כל שאלא ידו כדי למנוע את "התאונה המשפטית", אך זו התרחשה בסופו של דבר, באופן שפגע באינטרס ההסתמכות של הקונה השני – הרי שהלכת גנו לא תחול על המקרה והקונה הראשון לא יאבד את העדיפות המוקנית לו מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין. בענייננו, לו היו לב מגישים בקשה לרישום הערת אזהרה בסמוך לחתימה על

ההסכמים, ומסיבות שאינן בשליטתם היה הרישום מתעכב באופן שהיה מביא ל"תאונה משפטית", לא ניתן היה לשלול מלב את העדיפות בתחרות העסקאות הנוגדות. אלא שבענייננו השתהו לב כארבע שנים ממועד חתימת ההסכם הראשון וכשנה ממועד חתימת ההסכם השני. בנסיבות ענייננו, תקופה זו לא יכולה להיחשב לזמן סביר. אמנם הלכת גנו דנה בעיכוב של 17 שנים, אך לא נדרש עיכוב של 17 שנה כדי לקבוע שהקונה הראשון התרשל והיה בשל כך חסר תום-לב. כבר נקבע כי:

"כאשר בעל העסקה הראשונה לא עשה את מה שהיה ניתן לעשות כדי למנוע את הפגיעה בבעל העסקה הנוגדת המאוחרת, הוא נהג בחוסר תום-לב... עמידה בחובת תום-הלב פירושה נקיטת אמצעים סבירים וזמינים הניתנים למימוש בידי בעל העסקה כדי להגן על אינטרס סביר של הזולת" (עניין ויינברג, בעמ' 799).

עיינו גם: מאוטנר, שם בעמ' 354-355; השוו גם לשיקולים שהובאו בפסק דיני ב-ע"א 8127/06 ברוקס נ' דרור (י. מצקל בע"מ) (טרם פורסם; 22.06.2011).

זה המקום להזכיר כי פסיקה מחוזית מאוחרת להלכת גנו קבעה כי הימנעות מלרשום הערת אזהרה תוך זמן סביר היא התרשלות, גם כאשר מדובר בעיכוב הקצר בהרבה מהעיכוב שנדון בהלכת גנו (ראו: תא (חיפה) 297/04 דיאב נ' דיאב (לא פורסם, 9.4.2006); בש"א (ירושלים) 1259/06 גור נ' אמסטר (לא פורסם, 26.11.2006); תא (נצרת) 189/03 דריהן נ' שמואל (לא פורסם, 16.6.2005)).

25. אשר לטענת לב כי טובי-יהודאי פעלו בעצמם בחוסר תום-לב, ושלפיכך, גם בהנחה שלב התרשלו באי-רישום הערת האזהרה, אין לסטות מהוראות סעיף 9 לחוק המקרקעין – אעיר:

אכן, בנסיבות בהן הרוכש השני פעל בחוסר תום-לב הוא לא יוכל ליהנות מהוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין ובמקרה כזה גם לא ניתן יהיה לומר כי אי רישום הערת האזהרה הוא שהוביל למצב של עסקאות נוגדות (ע"א 1117/06 חברת אלקודס קורפוריישן נ' עבד אלרחמן (לא פורסם, 14.4.2010) (להלן: חברת אלקודס); ע"א 7643/06 אבו זיאד נ' עלי בשיר (לא פורסם, 28.10.2008); ע"א 3180/05 זריק נ' ג'רייס (לא פורסם, 29.4.2007)). בהקשר זה אף נקבע כי תום-הלב של הרוכש השני בזמן צריך להיות סובייקטיבי ואובייקטיבי (ראו: חברת אלקודס, פסקה 32; ועיינו גם:

מ' דויטש קניין (2007), כרך ג', בעמ' 220-223 וההפניות שם). ואולם, בענייננו, אין לומר כי טובי-יהודאי, כקונים שניים, פעלו בחוסר תום-לב, משורה של טעמים:

ראשית, בית המשפט קמא קבע כי טובי-יהודאי לא היו מודעים להסכם לב-גב' ולטר בעת שחתמו על הסכם רכש-הדירה – קביעה זו, כאמור, אין להתערב בה.

שנית, גם חוסר תום-לב קונסטרוקטיבי – אין לייחס להם. בית המשפט קמא קבע כממצא כי "לא היתה אינדיקציה אובייקטיבית, שיש בה כדי להזהיר את הקונים האחרונים בזמן...". עולה מכך שבית המשפט קמא, לאחר ששמע את עדויות הצדדים, התרשם שלא היו החזקה ושימוש בלעדיים של לב בגג ובחצר – באופן שהיה בו כדי למנוע את "התאונה המשפטית". כאמור, לא מצאתי לנכון להתערב בקביעות אלו. יתרה מכך, גם אם היה שימוש בלעדי בחצר האחורית של הבניין, ואיני קובע דבר לעניין זה, הרי שגם לשיטת לב, שימוש זה לא היה שלהם, כי אם של בתם ובן זוגה, שעברו להתגורר בדירת הקרקע – דירת אמו של מר לב (ראו סעיפים 8-9 לתצהיר העדות הראשית של מר לב (להלן: תצהיר לב)). לב הצהירו (סעיף 14 לתצהיר לב) כי חלק הגינה המוצמד "גודר באופן המאפשר גישה ושימוש רק לדיירי דירת הקרקע". מאחר שדירת הקרקע איננה בבעלות לב – הרי שלא ניתן לייחס דווקא להם שימוש ואחזקה בלעדיים בחצר, גם בהנחה ששימוש כזה נעשה לטובת דירת הקרקע.

26. כאמור, לטענת לב, בינם לבין גב' ולטר שררו יחסי אמון מלאים בין כריתת ההסכמים לבין מועד הגשת הבקשה לרישום הערת אזהרה – יחסים שבגינם לא עלה בדעתם שגב' ולטר תחתום על עסקה נוגדת, דבר שהצדיק, לטענתם, את העיכוב ברישום הערת האזהרה. לגבי טענה זו אציין:

ראשית, ספק אם יחסי אמון בין שכנים מספיקים כדי להצדיק אי-רישום הערת אזהרה תוך זמן סביר.

שנית, כבר באוקטובר 1999 דרשו לב, באמצעות בא-כוחם, כי גב' ולטר תחתום על ייפוי כוח להצמדת החצר לדירת לב, תוך שהם מציינים כי אם גב' ולטר לא תחתום על ייפוי הכוח – הם יפנו לערכאות משפטיות. ברי כי במצב דברים זה לא ניתן לקבל את הטענה שעד מועד הגשת הבקשה לרישום הערת אזהרה שררו יחסי אמון בין לב לגב' ולטר. לב נמנעו מרישום הערת אזהרה, גם כאשר היה ברור שגב' ולטר מתחמקת מלחתום על ייפוי הכוח, ואף כאשר גב' ולטר הכחישה במפורש את קיומה של העסקה

במכתב מעורך דינה מתאריך 24.11.1999, עדיין נמנעו לב מרישום הערת האזהרה עוד כחצי שנה – בכך התרשלו כלפי טובי-יהודאי, במידה ובאופן העולים כדי חוסר תום-לב – במשמעות ובנפקות המשפטית של ביטוי זה בהקשר הרלבנטי לענייננו.

27. אין בידי לקבל גם את טענת לב לפיה טובי-יהודאי לא הסתמכו על המרשם הנכון, שהוא, לשיטתם, תקנון הבית המשותף. בית המשפט הנכבד קמא קבע, כי טובי-יהודאי הוציאו נסח מלשכת רישום המקרקעין, טרם החתימה על חוזה רכש-הדירה. נסח זה מכיל את כל הפרטים הרלבנטיים, שהיה בהם, לו היו מעודכנים כיאות, כדי למנוע את התאונה המשפטית – לרבות הערת האזהרה, לו היתה נרשמת במועד. כן אין בידי לקבל את הטענה כי לפי עניין חמוד היה על טובי-יהודאי להקפיא את עסקתם עם גב' ולטר, בו ברגע שגילו את דבר קיומם של הסכמי לב-גב' ולטר. זכויות המריבה מהוות אך חלק קטן מהזכויות שרכשו טובי-יהודאי מגב' ולטר. בנסיבות העניין, כשטובי-יהודאי קנו את הנכס מגב' ולטר על מנת לעבור להתגורר בו – אין אני רואה כל פסול בעובדה שטובי-יהודאי עמדו על זכותם לממש את רכישתם ולעבור להתגורר בנכס, כל זאת במקביל להליכים המשפטיים שבהם יקבעו הזכויות המדויקות בגג ובחצר הבניין. מה גם שבהתנהגות זו צמצמו טובי-יהודאי נזקים פוטנציאליים שהיו עלולים להיגרם להם לו היו מקפיאים את עסקתם, ובכך פעלו בהתאם לחובתם לדאוג להקטנת הנזק.

28. לב טענו כי נוסף על התחייבות גב' ולטר שלא להתנגד להצמדת הגג לדירתם, גב' ולטר מכרה להם גם את זכויות הבנייה שלה בגג. אציין כי הסעד המבוקש על פי כתב התביעה לבית המשפט הנכבד קמא אינו מזכיר את זכויות הבנייה בגג, והפעם הראשונה שבה הועלתה הטענה בדבר הזכויות בגג היתה בתצהיר עדות ראשית של רמי לב. יתר-על-כן, המסמך, המכיל, לטענת לב, את התחייבותה של גב' ולטר שלא להתנגד להצמדת גג הבניין לדירת לב איננו עוסק כלל בזכויות הבנייה בגג, ולא הוצג כל מסמך אחר התומך בטענה בדבר התחייבות גב' ולטר שניתנה ללב בדבר זכויות הבנייה שלה בגג. לא מצאתי, אפוא, כל טעם להידרש לטענות בדבר זכויות הבנייה בגג, הנטענות על ידי לב.

29. אשר להשגות לב בדבר גובה שכר הטירחה שהושת עליהם – כלל ידוע הוא כי לערכאה הדיונית שיקול-דעת רחב מאד בקביעה זו (ראו: ע"א 9535/04 סיעת "ביאליק" 10 נ' סיעת "יש עתיד לביאליק" פ"ד ס(1) 391, 395 (2005)), וכי ערכאת הערעור תתערב בכך רק במקרים חריגים (למשל, כאשר נפלה טעות משפטית בפסיקת

ההוצאות, או כאשר נתגלה פגם או פסול בשיקול הדעת של הערכאה הראשונה – ראו: ע"א 1937/92 משה קוטלר נ' חיה קוטלר, פ"ד מט(2) 233, 247 (1995)). במקרה זה לא מצאתי כל הצדקה להתערב בהחלטת בית המשפט הנכבד קמא. יתרה מכך, ההסדר שנערך בין לב לבין גב' ולטר, אשר הובא לידיעתנו, כאמור, רק במהלך הדיונים לפנינו, חושף כי לב היו מודעים לעובדה שגב' ולטר תמנע מלהעיד בפני בית המשפט קמא בשל מצב בריאותה, ובכל זאת הם טענו בכתב הערעור כי רק ביום הדיון התברר להם שגב' ולטר לא יכולה היתה להעיד. התנהגות מסוג זה משליכה על כל יסוד תום הלב במכלול, וודאי שלמצער – אין היא יכולה להועיל למי שמבקש בערכאת הערעור להפחית את סכום שכר הטירחה שנקבע לחובתו, זאת בין השאר, נוכח התנהלותו האמורה.

30. נוכח כל האמור לעיל, אם תשמע דעתי, אציע לחברי לדחות את הערעור. פסק דינו של בית המשפט המחוזי יותר על כנו. כן אציע כי לב יחויבו לשאת בתשלום שכר טרחתם של עו"ד טובי-יהודאי בסך של 30,000 ש"ח וכי לא יינתן צו להוצאות לטובת עיזבון גב' ולטר ז"ל.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין:

1. בנסיבות העניין שלפנינו, שותף אני למסקנתו של חברי, השופט ח' מלצר, כי יש לדחות את הערעור. ראיתי להוסיף על חוות דעתו בשל הצורך לשוב ולרשום "הערת אזהרה" בנוגע לגבולותיה של הלכת גנו (ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאלי חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003)).

2. סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: החוק) קובע את הכלל ביחס לעסקאות נוגדות במקרקעין. על-פי הכלל, בהתקיים עסקאות נוגדות במקרקעין, גוברת זכותו של הרוכש הראשון בזמן, אלא אם הרוכש השני בזמן פעל בתום-לב ובתמורה, והעסקה לטובתו נרשמה בעודו תם-לב. בעניין גנו קבע בית משפט זה חריג לכלל האמור, שלפיו במקרים שבהם נמנע הרוכש הראשון מלרשום הערת אזהרה על זכותו, למרות יכולתו לעשות כן, יכולה זכותו ליסוג מפני זכותו של הרוכש השני, גם כשהעסקה של הרוכש השני אינה משתכללת ברישום. הנשיא א' ברק, ביסס באותו עניין את החובה לרשום הערת אזהרה על עיקרון תום הלב (שם, בעמ' 400-409). אני ביכרתי

לבססה על דיני ההשתק (שם, בעמ' 427-432. ראו גם: פסק דינו של המשנה לנשיא ש' לוין, בעמ' 416-418).

3. מכל מקום, בין אם כך ובין אם כך, עלינו להישמר פן נהפוך את החריג לכלל ואת הכלל לחריג. סעיף 9 מגדיר – בלשון ברורה ומפורשת – את הכלל ביחס לעסקאות נוגדות. סטייה מכלל זה, מכוחם של העקרונות הכלליים, צריכה לעמדתה להיעשות רק בנסיבות חריגות. עמדתה על כך עוד בעניין גנז, בציני כי:

”מוסכם כי עקרונות כלליים אלה [הם עיקרון תום הלב ועיקרון ההשתק] כופפים ראשם בפני מצוות המחוקק. אכן, הם עשויים ליטול מעוקצו של החוק מקום שהוא עשוי להביא לתוצאות שאינן רצויות; הם עשויים להקשות את ”להב הגיליוטינה“, כלשונו של חברי השופט מ' חשין... אך אין בכוחם להפוך על-פיה את הוראת החוק. כפי שהדגיש חברי הנשיא, העקרונות הכלליים לא באו לרוקן את הכלל הבסיסי שבסעיף 9 מתוכנו ולהציב תחתיו כלל חדש ושונה. המחוקק בחר להסתפק בהטלת חובת תום-לב על הקונה השני כתנאי לעדיפותו, ונמנע מלהטיל חובה מקבילה על הראשון. כל שמותר לנו הוא לעדן את הכלל, כאמור, באמצעות עקרונות כלליים, ולא לאיננו. כשם שבתחום דיני החוזים לא בא עקרון תום-הלב לאיין את העיקרון שלפיו חוזים יש לקיים, כך גם תחת ממלכתו ה”כללית“ של עקרון תום-הלב לא נתאינה החובה לכבד חוקים” (שם, בעמ' 432) [ההדגשות במקור – א.ר.].

(ראו גם: שם, פסק דיני בעמ' 431. עמדה דומה הובעה גם על-ידי השופט ט' שטרסברג-כהן – שם, בעמ' 416).

בעניין גנז, הנסיבות החריגות באו לידי ביטוי בזמן הרב שחלף עד לעריכת העסקה השנייה בלא רישום הערת אזהרה מצד הרוכש הראשון (כשבע עשרה שנים), וכן בעובדה שהרוכש השני החזיק במקרקעין לאורך זמן ושינה מצבו לרעה. בענייננו, הנסיבות החריגות מתבטאות בסימנים המוקדמים שנתנה הגברת ולטר לבני הזוג לב, כאשר התחמקה מיישום ההסכמים שכרתה עמם, ואף הכחישה, בשלב מסוים, באופן מפורש, ברור וחד-משמעי, את עצם תקפותם (וידוגש: אין בכך כדי להביע עמדה ביחס לתקפות ההסכמים עצמם. הדבר יוכרע, בעת הצורך, בהליך משפטי מתאים).

4. ודוקו: בתצהיר העדות הראשית שהוגש לבית המשפט המחוזי מטעמו של רמי לב, מתאר הוא את השתלשלות העניינים ביחס לחתימת ההסכמים עם הגברת ולטר כדלקמן:

"במעמד בו חתמה ולטר על ההסכמים שכחתי להחתיים אותה גם על יפוי כח מתאים להתחייבותה. לפיכך, פניתי אליה בעל פה וביקשתי כי תחתום על יפוי כח בלתי חוזר...

ולטר הסכימה לחתום על יפוי הכח אך היו לה מספר שאלות בנוגע לניסוחו. אמרתי לה שככל הידוע לי מדובר ביפוי כח סטנדרטי ואין בו דבר שעומד בניגוד למוסכם, אבל אם יש לה איזה ספק שתתייעץ עם עורך דינה.

מאז שולטר עירבה את בא כוחה בעניין, התהפכו היוצרות והדברים הגיעו עד כדי כך שולטר החלה להכחיש את עצם קיומן של העסקאות להוצאת חלקים וזכויות הבניה מהרכוש המשותף והצמדתם לדירתנו!

ביום 1/10/99 קיבלנו בפקס נוסח יפוי כח מטעם ולטר. אציין, כי בשלב זה טרם היו לולטר איזה טענות כנגד התחייבויותיה עפ"י ההסכמים והמחלוקת היתה באשר לנוסח יפוי הכח עליו תחתום.

מאחר והנוסח שהועבר ע"י ולטר לא עלה בקנה אחד עם התחייבויותיה והיה בו ניסיון חסר תום לב לשנות מההסכמים שנחתמו בעבר, פנינו לולטר [ביום 3/10/1999], הפעם באמצעות ב"כ, בדרישה כי תחתום על יפוי הכח [המקורי].

בתגובה למכתב זה, התקבל אצל באי כוחנו מכתבו של ב"כ ולטר [מיום 19/10/1999] בו נטען כי ולטר אינה יודעת במה מדובר (!) זאת למרות שההסכם להצמדת הגינה נחתם רק שלושה חודשים קודם לכן העבירה ולטרי פוי כח בעניין זה ממש, שניכר על פניו שנוסח ע"י בא כוחה!

ביום 24/10/1999 העבירו באי כוחי לב"כ ולטר את העתק ההסכם עליו חתמה וביקשו כי תחתום על יפוי כח מתאים. על מכתב זה לא התקבל כל תגובה."

מן האמור עולה כי כבר בחודש אוקטובר 1999 נתגלעו בין הגברת ולטר לבין בני הזוג לב חילוקי דעות ביחס לעסקאות שנערכו ביניהם. לנוכח חילוקי דעות אלה, אשר הגיעו, לקראת סופו של החודש, לכדי הכחשה מוחלטת של העסקאות מצידה של הגברת ולטר, ומכיוון שבני הזוג לב היו מיוצגים באותה עת על-ידי עורך דין, נראה כי היה עליהם לצפות – כבר אז – את האפשרות שהגברת ולטר תתקשר בעסקה נוגדת. אי-לכך, סבורני כי היה על בני הזוג לפעול כבר בחודש אוקטובר 1999 למען הבטחת זכויותיהם, בין אם באמצעות רישום של הערת אזהרה ובין אם בדרך אחרת. הימנעותם מלעשות כן עד לחודש יוני 2000 היא שהובילה, כפי שהבהיר חברי, השופט ח' מלצר,

להיווצרות ה"תאונה המשפטית" מושא ענייננו; ועל-כן, לנוכח ההלכה שנקבעה בעניין גנז, גם אני סבור כי יש, בנסיבות העניין, להעדיף את זכותם של אליאס טובי וגילה יהודאי.

המשנה-לנשיא (בדימ')

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, ט' באלול התשע"ב (27.8.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא (בדימ')