

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7785/99

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' אגלרד

המערערים:

1. ארוך שלמה
2. ארוך חסדאי
3. ארוך אהרן

נ ג ד

המשיבים:

1. ג'רארד פאריינטי
2. חכמון דינו
3. טרבזניק משה ז"ל, ע"י יורשיו החוקיים:
עובדיה לילך, טרבזניק אברהם אביב,
איריס לוי
4. רשם המקרקעין, לשכת רישום המקרקעין

משיבים פורמליים:

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 23.9.99 בתיקים ה"פ
5047/97, ה"פ 950/85 המ' 5047/97
שניתן על ידי כבוד השופט ג' קלינג

תאריך הישיבה:

י"ג בכסלו תשס"א (10.12.2000)

בשם המערערים:

עו"ד ערן עוזרי, עו"ד אהרון פולק
ועו"ד אלדד כורש

בשם המשיב 2-1:

עו"ד גד נשיץ

פסק-דין

השופט י' אגלרד:

1. מעשה בקרקע שנמכרה על ידי בעליה פעמיים, לשני אנשים שונים והשאלה היא מי עדיף על מי.

ההוראה הנוגעת למצב דברים זה מצויה בסעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט1969-, אשר זו לשונה:

התחייב אדם לעשות עיסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העיסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעיסקה נוגדת, זכותו של בעל העיסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעיסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב - זכותו עדיפה.

בנסיבות המקרה שלפנינו העיסקה הראשונה טרם נגמרה ברישום, בעוד אשר העיסקה השניה נרשמה לטובת הקונה השני. השאלה העומדת לפנינו היא האם הקונה השני פעל בתום לב והאם העסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב. כאמור, קיומו של תום הלב הוא תנאי מוקדם לעדיפות זכותו של הקונה השני. בית המשפט המחוזי, שעל פסק דינו הוגש ערעור זה, הגיע למסקנה כי אין הקונה השני יכול להסתמך על תום ליבו, בשל "עצימת עיניו" באשר לקיומה של עסקה קודמת.

2. מן הראוי לפרט תחילה את עובדות המקרה. המנוח משה טרבזניק (להלן: "טרבזניק"), שהוא משיב 3 בערעור זה, היה בזמנו הבעלים הרשומים (במושג) של 1000 מתוך 507,025 חלקים בחלקה 2 גוש 5026 בתחומי ראשון לציון ובת-ים (להלן: "הקרקע"). ביום 3.1.80 התקשר טרבזניק בהסכם למכירת הקרקע לג'רארד פאריינטי (להלן: "פאריינטי"), שהוא המשיב 1 בערעור זה. כעבור מספר ימים, ביום 7.1.80, נרשמה לזכותו של פאריינטי הערת אזהרה במרשם המקרקעין. פאריינטי גם שילם את מרבית התמורה המוסכמת. עם זאת, מסיבות שלא נתבררו, העסקה לא הושלמה ולא הסתיימה ברישום הבעלות בקרקע על-שמו של פאריינטי.

3. לאחר מספר חודשים, ביום 3.6.80, התקשר הקונה פאריינטי עם גיסו דוני חכמון (להלן: "חכמון") שהוא המשיב 2 בערעור זה, בהסכם מכר לפיו מתחייב פאריינטי למכור לחכמון 10% מזכויותיו בקרקע. גם עיסקה זו לא הושלמה ברישום במרשם המקרקעין ואף לא נרשמה הערת אזהרה לטובת חכמון.

4. ביום 16.10.85 הגיש טרבזניק המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב (ה"פ 950/85), בה ביקש כי בית המשפט יצהיר על בטלותו של הסכם המכר עם פאריינטי ויורה על מחיקת הערת האזהרה לטובתו, וזאת בטענה כי פאריינטי לא שילם את מלוא התמורה המוסכמת עבור הקרקע ובכך הפר את ההסכם הפרה יסודית. כן ביקש טרבזניק כי בית המשפט יצהיר על בטלות הסכם המשנה בין פאריינטי לחכמון. משטען טרבזניק כי כתובתו של פאריינטי אינה ידועה, התיר לו בית המשפט המחוזי, מפי השופט ש' אלוני, לבצע תחליף המצאה לפאריינטי, בדרך של המצאה לגיסו חכמון ואפשר אף בדרך של פרסום הזמנה בעיתונות הישראלית. הנתבעים פאריינטי וחכמון לא הגיבו לתביעה ולא הגישו כתב הגנה. בהעדר הגנה, נתן בית המשפט המחוזי, ביום 12.12.85, פסק דין מפי השופט ש' אלוני, כמבוקש בהמרצת הפתיחה, דהיינו הצהרה על ביטול הסכמי המכר בין טרבזניק לפאריינטי ובין פאריינטי לחכמון. כן הורה בית המשפט על מחיקת הערת האזהרה שנרשמה לטובת פאריינטי. ואמנם, כעבור מספר ימים, ביום 18.12.85, מחק רשם המקרקעין את הערת האזהרה בהתבסס על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, שהוצג לו על-ידי טרבזניק.

5. באותה עת התנהל משא ומתן בין שלמה, חסדאי ואהרון ארוך, שהם המערערים בערעור זה (להלן: "בני משפחת ארוך" או "המערערים") לבין טרבזניק לרכישת הקרקע תמורת 30,000 דולר. בין ה- 12.12.85, שהוא יום פסק הדין המחוזי, לבין ה- 18.12.85, שהוא יום מחיקת הערת האזהרה, העביר בא-כוחו של טרבזניק לעו"ד פולק, בא-כוחם של בני משפחת ארוך, טיוטת הסכם מכר. בטיטת צוין כי על הקרקע רובצת הערת אזהרה, אשר בית המשפט המחוזי בתל-אביב הורה למחקה וכי מחיקתה תוסדר תוך יומיים. עו"ד פולק הודיע בתגובה כי לא יעץ לבני משפחת ארוך לחתום על ההסכם כל עוד רובצת על הקרקע הערת האזהרה. עו"ד פולק לא ביקש ולא קיבל פרטים כלשהם על פסק הדין המחוזי שהורה על המחיקה. כעבור זמן קצר נמחקה, כאמור, הערת האזהרה. בעקבות המחיקה נחתם ביום 25.12.85 הסכם המכר בין בני משפחת ארוך לבין טרבזניק. בתום חצי שנה נוספת, ביום 30.6.86, הושלמה העיסקה על-ידי רישום הקרקע על-שם בני משפחת ארוך במרשם המקרקעין. מתאריך זה נהגו בני משפחת ארוך בקרקע מנהג בעלים ושילמו את כל המיסים וההיטלים הכרוכים בכך.

6. כעבור שתיים-עשרה שנה מיום הסכם המכר בין בני משפחת ארוך לבין טרבזניק, בתחילת חודש אפריל 1997, התחילו פאריינטי וגיסו חכמון לפעול למען מימוש זכויותיהם על-פי הסכם המכר משנת 1980. נראה, כי רק לעת הזו הם גילו כי הקרקע רשומה על-שם בני משפחת ארוך. הם פנו לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשתי המרצות; אחת, המרצה במסגרת ה"פ 950/85, בה ביקשו לבטל את פסק הדין של השופט אלוני משנת 1985 (המר' 5074/97). השנייה, המרצת פתיחה בבקשה להצהיר על בטלות הסכם המכר בין טרבזניק לבין בני משפחת ארוך, ומחיקת רישום הבעלות על-שם בני משפחת ארוך ורישום הבעלות על-שם פאריינטי (ה"פ 522/97). המשיבים בהמרצות אלה היו בני משפחת ארוך, עזבון טרבזניק ז"ל על-ידי יורשיו ורשם המקרקעין. יצוין כי יורשי טרבזניק לא הביעו עניין בהליכים נשוא הסכסוך, לא הגישו תצהירי תשובה, לא לקחו חלק פעיל בבירור התובענות ואף ביקשו להימחק מן ההליכים.

7. בית המשפט המחוזי החליט לאחד את שתי המרצות. בפסק דינו, מפי השופט ד"ר ג' קלינג, נעתר בית המשפט המחוזי תחילה לבקשה לבטל את פסק דינו של השופט אלוני משנת 1985. בית המשפט המחוזי מצא, כי בזמנו לא בוצעו המצאות כדין של כתבי התביעה אל פאריינטי וחכמון. באשר לחכמון, בית המשפט הקבע כי ההמצאה של כתב התביעה בוצעה לא לחכמון אלא לאימו של אדם אחר, בעל שם דומה, אשר אינו מתגורר בכתובתו הרשומה של חכמון. באשר לפאריינטי, בית המשפט המחוזי קבע כי ההחלטה לאשר תחליף המצאה בישראל לא הייתה נכונה, משום שבעת ההיא פאריינטי היה תושב חוץ. לכן, מן הראוי היה להזמין את

פאריינטי באמצעות המצאה מחוץ לתחום השיפוט. כאמור, בשל הפגמים בהמצאת ההזמנה לחכמון ולפאריינטי, החליט בית המשפט המחוזי לבטל את פסק דינו של השופט אלוני משנת 1985.

8. עם ביטול פסק הדין הנזכר, התבטלו ההצהרה בדבר בטלות ההסכם בין טרבזניק לפאריינטי וההסכם בין פאריינטי לחכמון וכן התבטלה מחיקתה של הערת האזהרה לטובת פאריינטי. בכך קמו לתחייה הזכויות של פאריינטי וחכמון והתעוררה שאלת היחס בין העסקה הראשונה לבין העסקה השנייה של טרבזניק עם בני משפחת ארוך. במילים אחרות, השאלה הייתה האם זכויותיהם החיוביות של פאריינטי וחכמון, שהתקשרו בעסקת מכר בשנת 1980 - על הערת האזהרה שנרשמה לטובת פאריינטי - גוברות על זכויותיהם של בני משפחת ארוך, שהתקשרו בעסקת המכר בשנת 1985 והשלימו את העסקה ברישום במרשם המקרקעין.

9. מאחר שעסקת בני משפחת ארוך הושלמה ברישום במרשם המקרקעין, השאלה התמקדה סביב קיומו של תום לב מצד בני משפחת ארוך. אמנם, בא-כוחו של פאריינטי עורר בשפה רפה את הטענה כי התמורה ששולמה הייתה סמלית ולא ממשית. בטענה זו אין ממש. המחיר שהוסכם עליו היה 30,000 דולר, ואין כל מימצא של בית המשפט קמא כי מחיר זה היה סמלי. יתרה מזו, עיקר טענתם של המערערים היא כי המחיר, הנמוך לדעתם, מצביע על חוסר תום לב ולא על העדר תמורה.

10. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי בני משפחת ארוך "לא יכולים לטעון לרכישה בתום לב, כאשר ידעו על קונה קודם ולא טרחו לבדוק את נסיבות העסקה עמו וביטולה". מן הראוי להביא במלואה את הנמקתו של בית המשפט המחוזי בדבר העדר תום לב מצד בני משפחת ארוך. וכך אומר בית המשפט:

בצדק טוען ב"כ [המערערים] כי בנסיבות אלה ראוי היה ששלושת המשיבים [בני משפחת ארוך] יגישו תצהירים שבהם יטענו לתום-ליבם. שניים מהמשיבים לא הצהירו ולא נחשפו לחקירה נגדית. אך יותר מכך יש חשיבות לדרכו של עו"ד א' פולק בטיפולו בעסקה שבין משה טרבזניק לבין המשיבים מס' 1-3. עו"ד פולק ייצג בעסקה את המשיבים. כאמור, טיוטת ההסכם עם המשיבים נעשתה בסמוך למתן פסק דינו של השופט אלוני ועוד קודם למחיקתה של הערת האזהרה שנרשמה לטובת [פאריינטי]. עו"ד פולק העיד (ע' 42-43):

"כשקבלתי את הטיוטה מעו"ד קורצפלד הוא כתב שיש בטאבו הערת אזהרה. לכן מצאתי לכן לצרף את הטיוטה לצרף לתצהירי [כך במקור - י.א.]. מצאתי אותה בתיק. לא פניתי ללשכת רשום המקרקעין. הודעתי לעו"ד קורצפלד אם הוא יכול למחוק את הערת האזהרה שימחק ואז נעשה את החוזה. מפנה לסעיף 3ב' לטיוטה של החוזה. צלצלתי אליו ואמרתי לו שאם הוא יכול למחוק שימחק את הערת האזהרה. עם הערת אזהרה לא אעשה עסקה... ת. הטיוטה הזאת הגיעה אלי לאחר שפסק הדין בוטל כנראה. ש. לאחר שהערת האזהרה בוטלה.

ת. לא. ההסכם בוטל. הערת האזהרה טרם בוטלה!...

ת. בטיטה כתוב שהערת האזהרה לא בוטלה והיא צריכה להימחק תוך ימים. לא הסכמתי רציתי שתמחק ואח"כ אחתום על הסכם.

ש. האם אתה יודע מה אמר לך עו"ד קורצפלד בקשר למר פריינטה או לעסקה.

ת. הוא לא אמר לי דבר ואני גם לא שאלתי אותו.

ש. לא נראה לך מוזר שקיימת הערת אזהרה מכח חוזה עם אדם בשם גרר פריינטה שצריך למחוק אותה ואתה לא התעניינת אפילו על מה מדובר. לא הדליק אצלך אור אדום.

ת. אני לא חושב שפסק דין של השופט אלוני צריך להדליק אצלי אור אדום. אני לא צריך לבדוק פסק דין של השופט אלוני.

אין ספק שלו עיין עו"ד פולק בתיק ביהמ"ש שבו ניתן פסק דינו של השופט אלוני, היה למד על הנסיבות שבהן ניתן פסק הדין בהעדרם של המבקשים בפני [פאריינטי וחכמון]. התרכזותו של עו"ד פולק במחיקתה של הערת האזהרה, תוך התעלמות מההליך שהביא לביטולה, יש בה טעם של עצימת עיניים. הן קיומה של הערת האזהרה מעיד לכאורה על קיומו של קונה קודם. אין המשיבים [בני משפחת ארוך] יכולים לטעון לרכישה בתום לב, כאשר ידעו על קונה קודם ולא טרחו לבדוק את נסיבות העסקה עמו וביטולה.

סעיף 10 לחוק המקרקעין בא להגן על המסתמך על הרישום בלשכת רישום המקרקעין ופטרו מבדוק את אשר קדם לרישום. אבל כאשר מובא לידיעת הקונה בצורה בוטה דבר קיומה של עסקה, אין הוא יכול להסתמך על הרישום המאוחר יותר, לאחר מחיקת עקבותיה של העסקה הקודמת, ולנהוג כאילו זו לא היתה.

כך אף לעניין סעיף 9. סעיף זה בא להגן על קונה תם לב שלא ידע על העסקה הקודמת. מאז הובאה לידיעתו, אין הוא יכול יותר להתעלם ממנה ולטעון לתום לב. אם היה פגם בעסקה הראשונה, או שזו לא הושלמה, יוכל להתייבב יחד עם המוכר ולטעון לבטלותה. נראה שזה אשר יש לעשות בעניין שבפני.

11. על מסקנה זו הוגש הערעור שלפנינו. אומר מיד כי דעתי שונה מזו של בית המשפט המחוזי. אגע

תחילה במהותו של תום הלב הנדרש במסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין. בית המשפט המחוזי יצא מן ההנחה כי במעשיו של בא-כוח המערערים יש משום "עצימת עיניים" השוללת תום לב. אין חולקים על כך כי "עצימת עיניים" ביחס לזכותו של מתקשר קודם איננה עולה בקנה אחד עם תום לב. "עצימת עיניים" כמוה כמודעות לקיומה של עובדה או של זכות. כך הוא המצב במשפט הפלילי בנוגע למחשבה הפלילית, כפי שנקבע היום

בהוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, תשל"ז 1977:-

רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם.

וכך מן הראוי שהמצב יהיה גם במשפט האזרחי. ואמנם, הדעה המקובלת היא, למשל, כי המונח "ביועד" המופיע בהוראת סעיף 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] - אשר מטילה אחריות בגין גרם הפרת חוזה - כולל אף "עצימת עיניים". ראה ברוח זו את השקפתה של השופטת מ' בן פורת (בחוות דעת המיעוט שלה) בע"א

628/77 חסיד ואח' נ' קנופף ואח', פ"ד לד(2) 225, בעמ' 232-233.

---לדעתי די בכך שהנתבע ידע עובדות שאדם סביר היה מסיק מהן דבר קיומו של חוזה, או לפחות את האפשרות הקרובה לקיומו, אלא שהעדיף

לעצום עיניים, היינו שלא לדעת זאת, ועל כן נמנע מלהסיק את המסקנה המתבקשת מן העובדות ומלשאל את הנוגעים בדבר אם קיים ביניהם חוזה. ... "עצימת עיניים" כזאת היא שווה ערך ל**ידיעה ממש אפילו בפלילים**, קל וחומר, בנזיקין, שהוא ענף של הדין האזרחי.... יש לדעתי להבדיל הבדל היטב בין "עצימת עיניים" לבין אי ידיעה מתוך רשלנות גרידא. זו האחרונה קיימת כאשר אדם ביושר לב, אם כי מתוך חוסר זהירות, האמין באמת ובתמים שלא קיים כל קשר חוזי (שעל גרם הפרתו הוא נתבע) (**שם**, בעמ' 232-233, ההדגשות במקור).

ברוח זו ראה גם ג' טדסקי, **מחקרים במשפטנו הפרטי** (ירושלים, תשי"ט) 159-160; נ' כהן, **גרם הפרת חוזה** (דיני הנזיקין העולות השונות, בעריכת ג' טדסקי, ירושלים, תשמ"ו) 147-149. (יצוין, כי שופטי הרוב בפרשת **קנופף** בחרו שלא להכריע בשאלה זו).

12. הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין מתנה, כאמור, את עדיפותו של בעל העיסקה המאוחרת על בעל העיסקה הקודמת בקיומו של תום לב אצל הראשון. באופן עקרוני, מושג תום הלב עשוי להיות רחב יותר מאשר הדרישה לאי-ידיעתו של בעל עיסקה את זכויותיו של בעל העיסקה הקודמת בזמן. אך, כולם מסכימים כי הידיעה בפועל על קיום הזכות שוללת את תום הלב. והנה, לפי הדעה המקובלת, "עצימת עיניים" בהקשר זה כמוה כידיעה בפועל. ראה ברוח זו מ' מאוטנר "עיסקאות נוגדות ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה" **הפרקליט** מ (תשנ"א-ג) 521, בעמ' 523:

--- על הרוכש לפעול בתום לב, דהיינו בהיעדר ידיעה בפועל על זכותו של הצד הראשון בזמן ובהיעדר "עצימת עיניים" ביחס לקיומה של זכות זו (קרי: עליו להימנע מלרכוש את הנכס בנסיבות שבהן היה מתעורר חשדו של אדם סביר כי לצד מוקדם קיימת זכות ביחס לנכס).

ראה גם את דבריו של השופט ג' בך בפרשת ע"א 318/83 **אגוזי שפע בע"מ (בפירוק מרצון) ואח' נ' שיבר ואח'**, פ"ד לט (4) 322, בעמ' 329:

אמנם נכון הדבר, ש"עצימת עיניים" עשויה לשלול תום-לב, אולם כדי להוביל למסקנה זו צריך הטוען להוכיח כי "עוצם העיניים" עשה כן בשל החשש, שבעיניים פקוחות ילמד עובדות, שעשויות להיות להן השלכות שליליות לגבי זכויותיו. (**שם**, בעמ' 329).

13. המסקנה העולה מן האמור היא כי לו היו נוהגים הקונים המאוחרים ב"עצימת עיניים" לגבי זכותו של הקונה הקודם, הרי אז לא היו מקיימים את מידת תום הלב הנדרשת על פי הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. האם המערערים במקרה הנדון עצמו את עיניהם מלראות? לפני שאבחן את השאלה הזאת על פי נסיבות המקרה, מן הראוי למקם את "עצימת העיניים" בתוך מסגרת המושג תום הלב, כמשמעותו בהוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. מבחינה רעיונית, "עצימת העיניים" מצויה בין ידיעה בפועל לבין אי-ידיעה רשלנית. כלומר, כשאדם עצם את עיניו מלראות או אטם את אוזניו מלשמע, הוא נחשב כיודע את אשר לא חפץ לדעת בשל חששו לדעתו. יש המכנים מצב דברים זה כידיעה "קונסטרוקטיבית" (ראה טדסקי, **שם**, שם; פרשת **קנופף**,

בעמ' 237-238). אין הדבר כך, שעה שאדם לא ידע דבר ולא חשש מלדעתו, אך יכול היה לדעת את הדבר לו נהג כאדם סביר. ואמנם, לפי הדעה המקובלת, המבחן לקיומו של תום הלב במסגרת הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין הוא סובייקטיבי-מוחשי ולא אובייקטיבי-מופשט. כלומר, תום הלב נשלל כאשר הקונה המאוחר ידע ידיעה בפועל או "ידיעה קונסטרוקטיבית", בשל עצימת עיניים מצדו, את זכותו של הקונה הקודם לו בזמן; אך לא כך המצב כאשר היה עליו לדעת את קיום הזכות לו נהג כאדם סביר. כאמור, אי-ידיעה רשלנית אינה עולה כדי חוסר תום לב.

13. המבחן הסובייקטיבי-המוחשי של תום הלב במסגרת הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין מקובל בספרות המשפטית. ראה מ' דויטש, **קניין** (כרך א', תל-אביב, תשנ"ז 1997-) 125:

כידוע, הזכאי המאוחר יגבר על הזכאי המוקדם בעימות של תחרות זכויות, כאשר הוא מקיים תנאים שונים, וביניהם את תנאי תום-לב. הדעה המקובלת היא, כי ביטוי "תום הלב" נושא בהקשר זה מטענים סובייקטיביים בלבד.

ובאותה רוח ראה ד' פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (כרך ב', מהדורה שניה, תשנ"ח) 1139-1141:

---שאלת המפתח היא היש לייחס לצד השלישי (רוכש הנכס) ידיעה על זכותו של הבעלים המקורי.... תום לב, בהקשר שבפנינו, אין פירושו העדר רשלנות או שמירה על רמת זהירות סבירה.... אולם עצימת עיניים, שעיקרה הימנעות מלברר, כאשר הנסיבות חשודות וקוראות לבירור, שוללת קיום תום לב, והוא הדין כאשר חוסר הבירור הוא תולדה של "אי איכפתיות" או חוסר רצון לדעת.

כן ראה א' רייכמן "הערת האזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" **עיוני משפט** י (תשמ"ד) 297, המציין כי "מושג תום הלב אינו כולל, כפי הנראה, חובה לפעול שלא בהתרשלות" (עמ' 335). עיין גם א' כהן, **רישום עסקאות מקרקעין** (בעריכת ד' מימון, ירושלים, תשמ"ח) בעמ' 199.

14. עם זאת, הגבול בין הדרגה הנמוכה של "עצימת עיניים" לבין הדרגה העליונה של אי-ידיעה רשלנית הוא דק מאד, ואין פלא כי במקרי גבול עשויים להיווצר חילוקי דעות בדבר סיווגה של התנהגות ספציפית של אדם. השווה בהקשר זה את חילוקי הדעות בין השופטים בפרשת **קנופף** הנזכרת, שנגעו לקיומה של "עצימת עיניים" במסגרת העוולה של גרם הפרת חוזה. ראה גם נ' כהן, **שם**, **שם**. הקושי בתיחום בין שני המצבים נעוץ גם בכך שלרוב יש להסיק את קיומה של "עצימת העיניים" מן הנסיבות החיצוניות, דהיינו, בין היתר, מסבירותה של ההתנהגות.

15. אשוב כעת לשאלה המוחשית: האם יש בהתנהגותם של בני משפחת ארוך, וביתר דיוק בהתנהגותם של בא-כוחם עו"ד פולק, משום "עצימת עיניים" השוללת את תום הלב במסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין? תשובתי היא שלילית. לא זו בלבד שאין בהסתמכותם על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, אשר ביטל את

העיסקה הקודמת והורה על מחיקת הערת האזהרה, משום "עצימת עיניים" מקיום זכותו של בעל עיסקה קודמת, אלא התנהגות זו היא אף סבירה בנסיבות העניין. במילים אחרות, התנהגותם הייתה עומדת אף במבחן החמור יותר של אי-התרשלות. בעל עיסקה רשאי להסתמך על הרישום במרשם המקרקעין, ממנו נמחקה הערת אזהרה מכוח פסק דין, מחיקה שנדרשה על-ידי בעל העיסקה לפני חתימתו על ההסכם. אין לדרוש מבעל העיסקה כי יבדוק את הרקע של פסק הדין שהורה על המחיקה. רשאי גם רשאי הוא להניח כי פסק הדין ניתן כדין, ללא כל צורך מצדו לברר את נסיבותיו המדויקות של פסק הדין. הטלת חובה מעין זאת הייתה פוגעת ביעילות המסחרית. השווה בהקשר זה M. Mautner "The Eternel Triangles of the Law": Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties" 90 *Mich. L. R.* (1991-92) 111, 95.

16. מסקנתי היא אפוא כי, בנסיבות העניין, לא נגרע תום לבם של המערערים וכי הם זכאים לחסות בצלה של הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, המעניקה להם עדיפות על בעלי העיסקה הקודמים בחלקת הקרקע. בשל מסקנתי זו, איני רואה צורך להידרש ליתר הטענות של המערערים הנוגעות לתקנת השוק במקרקעין ולהשתק מצד בעלי העיסקה הקודמת בשל הזנחתם הממושכת את הדאגה לזכויותיהם.

17. המערערים תקפו גם את פסיקתו של בית המשפט קמא בדבר ביטול פסק דינו של השופט ש' אלוני משנת 1985. בעניין זה לא מצאתי כי יש מקום להתערב במסקנתו של בית המשפט המחוזי. הפגמים בהמצאת ההזמנה לדין מצדיקים את ביטולו של פסק הדין משנת 1985. הלכה מושרשת היא כי:

פסק דין שניתן שלא בפני הנתבע, כשלא הוכח שהנתבע אמנם הוזמן כדין, חייב בית המשפט לבטלו מתוך חובת הצדק, ואין לו בכגון דא כל שיקול דעת... קל וחומר כשהנתבע הוא תושב חוץ, ולא ננקטו ההליכים הפורמליים על פי תקנה 467 [כיום תקנה 500] להקנות סמכות שיפוט לבית המשפט בישראל... (ע"א 713/75 פרנקל נ' קאופמן ואח', פ"ד ל(3)449).

ראה גם 'זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, בעריכת ש' לוי, 1995) 736-737. אציין כי מניין 30 הימים במהלכם רשאי הנתבע לבקש את ביטולו של פסק הדין ללא הגנה מתחיל מיום שפסק הדין הומצא לנתבע כדין (ע"א 96/60 "היוגב" ארגון פועלים להתישבות שיתופית בע"מ נ' גרינברג, פ"ד יד 1555, 1560). במקרה הנדון פסק הדין מעולם לא הומצא כדין לפאריינטי וחכמון, ולכן לא חלף מועד 30 הימים להגשת בקשת ביטול ולא היה כלל צורך כי תוגש בקשה להארכת מועד.

אי לכך, הערעור מתקבל באשר לזכותם של המערערים. המערערים ישובו ויירשמו כבעלי הזכויות בחלקה 2 בגוש 5026 על-פי שטר 5077-1 מיום 30.6.86 והערת האזהרה לטובתו של ג'ראר פאריינטי תימחק. המשיבים ישלמו למערערים הוצאות ושכר-טירחת עורך-דין בסך כולל של 40,000 ש"ח.

ש ו פ ט

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

ה נ ש י א

השופט ד' דורנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט אנגלרד.

ניתן היום, כ"ב בשבט תשס"א (15.2.2001).

הנשיא שופטת שופט

העתק מתאים למקור
 נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו בקובץ
 פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.
 שמריהו כהן - מזכיר ראשי
 Q06.99077850 /שב