



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1405/19

לפני :

כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט ד' מינץ

המערערים :

1. עזבון המנוח יוסף נעאמנה ז"ל, באמצעות בניו
2. אסעד נעאמנה
3. אסעד נעאמנה
4. סעוד נעאמנה

נ ג ד

המשיבים :

1. נעאמנה עומר חמאדה
2. עדי סעדי
3. מאגדה נעאמנה
4. עזבון המנוח עלי חוסין נעאמנה, ע"י בניו ויורשיו
5. עבד עלי חוסין נעאמנה
6. מוסטפא עלי חוסין נעאמנה

משיבים פורמליים :

7. סאלח עאסלה
8. סובחייה עאסלה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי חיפה בתיק  
הפ 030189-03-17 שניתן ביום 24.01.2019 על ידי כבוד  
השופט י' כהן

בשם המערערים :

עו"ד עלי עארף  
עו"ד מונדר דראושה  
עו"ד אברהים סעדי

בשם המשיב 1 :

בשם המשיב 2 :

### פסק-דין

השופט י' עמית:

ענייננו בעסקה סותרת המאוחרת להסכם חלוקת עזבון.

העובדות הצריכות לעניין

1. אציג בתמצית את העובדות הצריכות לעניין.

בבעלותו של המנוח חוסין מוחמד חוסין נעאמנה (להלן: המנוח) הייתה חלקה  
בשטח של 19,666 מ"ר, הידועה כחלקה 68 בגוש 19374 (להלן: החלקה). המנוח נפטר

בשנת 1963 והותיר אחריו אלמנה ושלושה בנים והם חמאדה, יוסף ועלי, שאף הם כבר הלכו לבית עולמם (להלן: חמאדה יוסף ועלי). כל אחד משלושת הבנים ירש את המנוח, ובהמשך ירש את חלקה של אלמנתו בעזבונו, כך שכל אחד מהבנים היה זכאי לשליש מהחלקה, קרי, שטח של 6,555 מ"ר.

חמאדה הוא אביהם של המשיבים 1 ו-3 (להלן: המשיב והמשיבה). בשנת 1988 מכר חמאדה 6,000 מ"ר מחלקו בחלקה לבני הזוג סלאח וסובחיייה עאסלה (להלן: בני הזוג עאסלה). בני הזוג עאסלה רשמו הערת אזהרה לזכותם על זכויותיו של חמאדה בחלקה רק ביום 28.12.2009, כ-21 שנה לאחר חתימת ההסכם. נציין כי זכאותם של בני הזוג עאסלה להירשם כבעלים בשטח של 6,000 מ"ר מהחלקה, הוכרה בפסק דין שניתן ביום 18.2.2014 (ת.א. (מחוזי חי') 11-01-18825), לאחר שהמשיב התכחש להסכם המכר וטען כי הוא מזויף או כי חמאדה-אביו לא היה כשיר לחתום על ההסכם.

2. בתאריך 5.3.2010 נעשה הסכם חלוקה של עיזבון המנוח, ובו נקבע כי הזכויות בחלקה תרשמנה על פי החזקה של הצדדים בשטח כלהלן:

(-) 5,500 מ"ר יירשמו על שם חמאדה (אביהם של המשיב והמשיבה).

(-) 6,150 מ"ר יירשמו על שם עלי (אביהם של משיבים 5-6).

(-) 8,016 מ"ר יירשמו על שם יוסף (אביהם של המערערים).

בהמשך להסכם זה ולצורך ביצועו, חתם המשיב ביום 27.2.2011 על יפוי כוח בלתי חוזר לטובת המערערים (יורשי יוסף) להעברת 1,055 מ"ר מזכויותיו בחלקה בחלקים שווים ביניהם.

ביום 4.3.2012 ניתן להסכם חלוקת העיזבון תוקף של פסק דין (ת.א. (מחוזי חי') 10-10-56692 כב' השופטת בר זיו, להלן: פסק דין חלוקת העיזבון).

3. ברם, כאמור לעיל, חמאדה מכר כבר בשנת 1988 לבני הזוג עאסלה שטח של 6,000 מ"ר, דהיינו 500 מ"ר יותר מהשטח שהיה אמור להירשם בבעלותו על פי ההסכם לחלוקת העיזבון.

לאור זאת, הוסכם כי מחלקו של עזבון יוסף (שעמד על 8,016 מ"ר) יופחת שטח 500 מ"ר, וזאת על מנת שניתן יהיה לקיים את פסק הדין שניתן לטובת בני הזוג עאסלה.

בהתאם לכך, הוגשה בשנת 2015 בקשה לתיקון טעות סופר בפסק דין חלוקת העיזבון, וכך נעשה בהחלטת בית המשפט מיום 27.4.2015.

בעקבות פסק הדין המתקן, פנה ב"כ המערערים ביום 5.6.2016 למנהל מיסוי מקרקעין בבקשה שימציא אישור המופנה לרשם המקרקעין ולפיו תיקון הרישום בדרך של גריעת 555 מ"ר מחלקו הרשום של חמאדה בחלקה וגריעת 405 מ"ר מחלקו הרשום של עלי בחלקה והוספתם של שטחים אלה לחלקו הרשום של יוסף – בהתאם להסכם חלוקת עיזבון המנוח – אינו מהווה עסקה החייבת במס.

השורה התחתונה היא שלמשיב ולמשיבה כיורשי חמאדה כבר לא נותר כל שטח בחלקה, בעוד שהמערערים, כיורשיו של יוסף, זכאים להירשם כבעלים של 7,515 מ"ר בחלקה ( $= 555 + 405 + 6555$ ), שהם 8,016 מ"ר שניתנו ליוסף לפי הסכם העיזבון, פחות 500 מ"ר שהוסכם על הפחתתם לצורך קיום פסק הדין לטובת בני הזוג עאסלה.

4. ביום 29.11.2016 נרשם המשיב בלשכת רישום המקרקעין כיורשו של חמאדה בחלקה, על אף שלמעשה כבר לא נותר לו כל שטח בחלקה, לאור הסכם חלוקת העיזבון ומכירת 6,000 מ"ר לבני הזוג עאסלה. בעקבות רישומו של המשיב, הועתקה הערת האזהרה של בני הזוג עאסלה על חלקו של המשיב.

ביום 20.12.2016 מכר המשיב למשיב מס' 2 שטח של 555 מ"ר מהחלקה תמורת הסך של 150,000 ₪. בכך התיימר המשיב למכור שטח שאינו זכאי לו על פי הסכם חלוקת העיזבון.

מנסה הרישום אנו למדים כי בתאריך 25.12.2016 נרשמו שתי הערות אזהרה עוקבות בפנקס הזכויות: האחת – מכוחו של פסק דין חלוקת העיזבון מיום 4.3.2012 והתיקון לפסק הדין מיום 27.4.2015; והשנייה – לזכות המשיב 2 על חלקו של המשיב בעקבות עסקת המכר ביניהם מיום 20.12.2016.

5. המערערים הגישו תביעתם לבית משפט קמא, במסגרתה עתרו למתן סעד הצהרתי לפיו הסכם חלוקת העיזבון ופסק דין חלוקת העיזבון גוברים על העסקה המאוחרת מתאריך 20.12.2016. כן עתרו המערערים לביטול רישום הירושה לזכות המשיב ולביטול הערת האזהרה שנרשמה בתאריך 25.12.2016 לטובת המשיב 2.

פסק דינו של בית משפט קמא והערעור דנן

6. בית משפט קמא קבע כי בתחרות בין הסכם חלוקת העיזבון לבין העסקה המאוחרת מיום 25.12.2016, ידה של העסקה המאוחרת על העליונה, לאור ההלכה בע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003) (להלן: הלכת גנז). זאת, מאחר שפסק דין חלוקת העיזבון ניתן בתאריך 4.3.2012, אך המערערים לא טרחו לרשום הערת אזהרה לזכותם בסמוך לאחר מכן, ורק בתאריך 25.12.2016 רשמו את ההערה, כאשר באותו יום ממש נרשמה הערת האזהרה לטובת המשיב 2. נקבע כי בנסיבות אלה, האחריות ל"תאונה המשפטית" רובצת לפתחם של המערערים, שהמתינו כ-4 שנים ו-9 חודשים לפני שטרחו לרשום הערה שנועדה להגן על זכויותיהם. מנגד, המשיב 2 לא יכול היה לדעת מפנקס הזכויות במקרקעין, שקיימת אפשרות שהזכות שהוא עומד לרכוש מאת המשיב מתנגשת בזכות אחרת. עוד נקבע כי לא עלה בידי המערערים להוכיח שהמשיב 2 פעל בחוסר תום לב, או שהיה מעורב בקנוניה שיזם המשיב, ובית המשפט קיבל את עדותו של המשיב 2 כי הסתמך בתום לב על הרישום בפנקס הזכויות במקרקעין.

בשורה התחתונה נקבע אפוא כי זכותו של המשיב 2 בשטח של 555 מ"ר גוברת על זכותם של המערערים מכוח הסכם חלוקת העיזבון. בית המשפט השית על המשיב, שפעל בחוסר תום לב וביצע עסקאות סותרות, הוצאות משפט הן לזכות המערערים והן לזכות המשיב 2.

7. על פסק הדין נסב הערעור שלפנינו, שבו הלינו המערערים על קביעת בית משפט קמא לפיה יש ליתן עדיפות לעסקה המאוחרת. לטענת המערערים, המשיב 2 יכול היה לדעת על הסכם חלוקת העיזבון עוד לפני רישום הערת האזהרה לזכותו ביום 25.12.2016. מנגד, טען המשיב 2 כי הסתמך על נסח הרישום בתמורה ובתום לב.

דיון והכרעה

8. סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1979 (להלן: חוק המקרקעין) קובע כלהלן:

עסקאות נוגדות

9. התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב – זכותו עדיפה.

בית משפט קמא ניתח את הסיטואציה שלפנינו באספקלריה של סעיף 9 לחוק המקרקעין וברוח הלכת גנז, וגם הצדדים יצאו מנקודת מוצא כי ענייננו בעסקאות סותרות. משכך, הצדדים כלל לא נתנו דעתם לשאלה מקדמית אם יש לראות את הסכם חלוקת העיזבון כ"עסקה במקרקעין" לצורך סעיף 9 לחוק.

ככלל, רישום ירושה על שם יורשים אינו מהווה עסקה במקרקעין. לא כך הסכם חלוקת עיזבון, שבמסגרתו צד מעביר למשנהו חלקים בעיזבון. במקרה דנן, על פי הסכם חלוקת העיזבון לאחר תיקונו, היה על חמאדה להעביר ליוסף 555 מ"ר והמשיב-יורשו של חמאדה אף חתם על יפוי כח בלתי חוזר לשם כך (ביפוי הכוח התחייב המשיב להעביר 1055 מ"ר אך כאמור, נוכח העסקה עם בני הזוג עאסלה ותיקון הסכם חלוקת העיזבון עקב כך, הצטמצם השטח ל-555 מ"ר). בשל העברת שטחים בין האחים המנוחים אף נדרש לצורך רישום חלוקת העיזבון בלשכת רישום המקרקעין אישור של רשויות מיסוי מקרקעין. בנסיבות אלה, ניתן לראות את הסכם חלוקת העיזבון כעסקה של מכר או מתנה בין אחים (בדיווח למס שבח, הציגו המערערים את הסכם חלוקת העיזבון כ"העברה ללא תמורה"). לסיווג הסכם חלוקת העיזבון כמכר או כמתנה עשויה להיות חשיבות, באשר סיווג ההסכם הראשון בזמן כעסקת מתנה, מביא לדידי לכך שזכותו של הראשון שלא רשם הערת אזהרה נדחית מפני זכותו של השני בזמן, גם אם השני לא שכלל את זכותו ברישום (ראו פסק דיני בת.א. (מחוזי חי') 297/04 דיאב נ' דיאב (9.4.2006)).

מאחר שהצדדים לא טענו כלל בנושא זה, ולא הונחה תשתית עובדתית לגבי סיווג העסקה, איני רואה להשתית את פסק דיני על מסקנה זו. אלך אפוא בעקבות הצדדים ובעקבות בית משפט קמא ואתח את הסיטואציה שלפנינו באספקלריה של שתי עסקאות סותרות בתמורה על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין והלכת גנז.

9. בפסק דיני בע"א 7113/11 עזבון המנוח עפיף מוחמד ביאד נ' עזבון המנוח חוסני אחמד לחאם (27.2.2014) הבעתי את עמדתי כי רישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול, ובהינתן שעלות מניעת הנזק היא אפסית מול תוחלת נזק גבוהה ביותר, יש לפרש את הלכת גנז על דרך ההרחבה. מכאן, שיש להטיל על הקונה הראשון בזמן שהתרשל באי רישום הערת אזהרה, את הנטל להראות כי הקונה השני בזמן פעל בחוסר תום לב או כי ידע או צריך היה לדעת אודות העסקה הראשונה.

במקרה דנן, המערערים חטאו באי רישום הערת אזהרה משך למעלה משנה וחצי, מאז אישר בית המשפט ביום 27.4.2015 את התיקון להסכם חלוקת העיזבון. בהינתן מחדלם זה, יש לכאורה להעדיף את העסקה המאוחרת. אולם "לא בכל מקרה ולא בכל

הנסיבות יש באי-רישומה של הערת אזהרה משום פגיעה בעקרון תום-הלב" (עניין גנו, עמ' 405). כך, מקום שבו השני בזמן פעל בחוסר תום לב, או ידע על הראשון בזמן, או לא בדק את מרשם המקרקעין בטרם כרת את העסקה הנוגדת – במקרים אלה, השני בזמן יהיה מנוע מלטעון לתחולת הלכת גנו, בהיעדר קשר סיבתי בין חוסר תום ליבו של הראשון בזמן לבין "התאונה המשפטית" (עניין עפ"י, פסקה 13).

10. כפי שעולה מטעונו המערערים, וכפי שעולה מתיק המוצגים שהגישו ומהמסמכים שצורפו להמרצת הפתיחה ולתצהירם, הם הפקידו בקשה לרישום הערת אזהרה בנוגע להסכם חלוקת העיזבון כבר ביום 10.8.2016. משום מה, בקשה זו לא נקלטה, והמערערים פנו בכתב אל לשכת רישום המקרקעין במכתב מיום 14.8.2016 שנתקבל בלשכת רישום המקרקעין ביום 15.8.2016. המערערים חזרו וביצעו הפקדה חוזרת של הערת האזהרה בנוגע לחלוקת העיזבון ביום 7.12.2016 (מוצג 19). המערערים טענו מלכתחילה ולכל אורך הדרך, כי בעקבות זאת, החל מיום 7.12.2016 החלקה הייתה "נעולה" והופיעה כחלקה שנמצאת בהליכי רישום ולא ניתן היה להנפיק נסח רישום באינטרנט ולבצע כל פעולה בחלקה. בהקשר זה אציין כי המערערים ביקשו כבר בישיבת קדם המשפט הראשונה לזמן לעדות את פקיד הרישום על מנת שיאשר כי החלקה הייתה "נעולה" החל מיום 7.12.2016. חלף זאת, ניתן צו המורה ללשכת רישום המקרקעין לאפשר לבא כוח המערערים לצלם את התיק. גם בישיבת קדם המשפט מיום 29.10.2017 חזר בא כוח המערערים על בקשתו לזמן לעדות את פקיד לשכת רישום המקרקעין אך בקשתו לא נענתה, וחלף זאת העיד עו"ד עלי מאג'ד ממשרדו של ב"כ המערערים על אודות הפקדת המסמכים לרישום הערת אזהרה ו"נעילת" החלקה, כפי שעולה מהמסמכים עצמם (פרוטוקול הדיון מיום 8.3.2018 עמ' 12-13).

כאמור, ההסכם בין המשיב למשיב 2 נערך ביום 20.12.2016, והמשיב 2 הגיש בקשה לרישום הערת אזהרה ביום 22.12.2016. רישום שתי הערות האזהרה – זו של המערערים שהופקדה פעם נוספת ביום 7.12.2016 וזו של המשיב 2 שהופקדה ביום 22.12.2016 – נעשה בפועל ביום 25.12.2016 האחת אחרי השנייה.

11. העובדות והמסמכים המוכיחים את טענת המערערים כי כבר מיום 7.12.2016 החלקה הייתה "נעולה" (מסמכי לשכת רישום המקרקעין נתמכו בתעודת עובד ציבור של פקיד רישום המקרקעין ובעדותו של עו"ד מאג'ד), לא נזכרו בפסק דינו של בית משפט קמא, ולמעשה, המשיב 2 לא התמודד כלל עם טענה זו של המערערים - לא בתשובתו להמרצת הפתיחה, לא בתצהירו ולא בעדותו של אביו של המשיב 2, שהוא שביצע למעשה את העסקה והעיד מטעמו של המשיב 2. אביו של המשיב 2 העיד כי לא בדק את

הקרקע לפני רכישתה, לא שוחח עם מי מהשותפים לחלקה ולמעשה לא עשה כל בדיקה שהיא, אלא סמך על עורך דינו. וכלשונו "אני לא יודע כלום, עו"ד אסדי אמר לי שיש קרקע למכירה, נתתי לו כסף, חתמתי על המסמכים וזהו" (עמ' 23 לפרוטוקול מיום 8.3.2018). לשאלתנו לגבי הבדיקה שנעשתה, נטען על ידי בא כוח המשיב 2 כי הוציא נסח רישום ביום 1.12.2016 ונסח כאמור הוצג בפנינו במהלך הדיון.

12. הנה כי כן, בא כוח המשיב 2 הוציא נסח רישום ביום 1.12.2016, 20 יום לפני חתימת ההסכם ביום 20.12.2016. אילו היה טורח להוציא נסח רישום סמוך לביצוע העסקה, היה נוכח כי אין באפשרותו לעשות כן, ונורית אזהרה אדומה הייתה אמורה להבהב ולהתריע בפניו להמתין עד להוצאת נסח מעודכן.

זאת ועוד. בהסכם שבין המשיב למשיב 2 נכתב כי המשיב "הינו הבעלים של 1/3 בחלקה 68", דהיינו הבעלים של 6,555 מ"ר. הצהרה זו אינה נכונה בעליל, שהרי 6,000 מ"ר כבר נמכרו לבני הזוג עאסלה, שלזכותם נרשמה הערת אזהרה על כל חלקו של המשיב. הערת האזהרה הסותרת לזכות בני הזוג עאסלה לא נזכרה כלל בהסכם, בעוד שבסעיף 10 להסכם נכתב כי "המוכר ימחק כל הערת אזהרה בלשכת רישום המקרקעין במידה וישנה הערה הסותרת הסכם זה". לשאלתנו בדיון, הכיצד הערת האזהרה לזכות בני הזוג עאסלה אינה סותרת את ההסכם, השיב ב"כ המשיב 2 כי המשיב הסביר להם שמכר לעאסלה רק 6,000 מ"ר, והם סמכו על דבריו.

13. לתום הלב הנדרש מהרוכש השני בזמן פן סובייקטיבי ואובייקטיבי (עניין עפיף, בפסקה 13). במקרה דנן, לא עמד המשיב 2 בחובת תום הלב ולו במישור האובייקטיבי, מאחר שלא בדק בלשכת רישום המקרקעין סמוך לביצוע העסקה, ומאחר שהתעלם מהערת האזהרה לזכות בני הזוג עאסלה.

14. לאור זאת, דין הערעור להתקבל, כך שהסכם חלוקת העיזבון ופסק דין חלוקת העיזבון (כולל פסק הדין המתוקן) ומתן יפוי כוח בלתי חוזר של המשיב על מנת לבצע את העברת השטח מעיזבונו של חמאדה-אביו אל יוסף, גובר על העסקה המאוחרת שערך המשיב עם המשיב 2.

הערה לפני סיום

15. שילוב של עניין עפיף והמקרה דנן, מציב רף התנהלות לציבור עורכי הדין, וארשום "הערת אזהרה" בנקודה זו.

יש להוציא נסח רישום סמוך למועד עריכת העסקה (איני קובע מסמרות לגבי סמיכות הזמנים המדויקת, אך ברי כי הוצאת נסח עשרים יום לפני ביצוע העסקה אינה נחשבת סמיכות זמנים). הדבר ניתן להיעשות כיום באופן מקוון, בקלות ובמהירות ובעלות של 15 ₪ בלבד. בנוסף, יש לרשום הערת אזהרה לטובת הקונה סמוך לאחר ביצוע העסקה, וגם פעולה זו אינה סבוכה וכרוכה בעלות של 159 ₪. הוצאת נסח מעודכן סמוך לביצוע העסקה ורישום הערת אזהרה סמוך לאחר העסקה הן שתי פעולות שעלותן אפסית ושכוחן למנוע נזק גדול ותסבוכת משפטית.

טוף דבר

16. אשר על כן, הערעור מתקבל. אנו מורים לרשם המקרקעין למחוק את הערת האזהרה שנרשמה לטובת המשיב 2 ביום 25.11.2016 על פי שטר 37604/2016/1, ומוצהר בזה כי הסכם חלוקת העיזבון גובר על העסקה מיום 20.12.2016 שבין המשיב 1 למשיב 2.

המשיב 1 והמשיב 2 ישאו בהוצאות המערערים בסך 10,000 ₪ כל אחד (סה"כ – 20,000 ₪).

ש ו פ ט

השופט ד' מינץ:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה עם חברי השופט י' עמית כי דין הערעור להתקבל.

בעיקרו של דבר, אני מצטרפת להטעמתו של חברי, כי לפי ההלכה שנקבעה בע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003) שאלת רשלנותו של הרוכש הראשון בזמן אינה נבחנת לברדה, אלא אל מול התנהלותו של הרוכש השני שחשובה אף היא למניעת ה"תאונה המשפטית" (ראו למשל: ע"א 1117/06 חברת אלקודס קורפוריישן נ' יורשי המנוח מוחמד עלי עבד אלרחמן, פסקה 32 (14.4.2010)).



בנסיבות אלה, אינני נדרשת לשאלה הנוספת שבה חיווה חברי את דעתו, בכל הנוגע לעדיפותה של העסקה הראשונה בזמן כאשר זוהי עסקת מתנה. אוסיף ואציין, מבלי להכריע, כי לכאורה עשויה להיות חשיבות בהקשר זה גם לשאלה האם עסקת המתנה היא הדירה אם לאו (ראו והשוו: נינה זלצמן "התחייבות למתנת מקרקעין, 'עסקאות נוגדות' וזכות שביושר" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 255 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008)).

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ט בחשון התשפ"א (16.11.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט