

**חלק א':**

א. עובדת אי רישום הערת האזהרה בידי אמנון משפיעה רבות על מצבו. אילו היה רושם, היה אסור לרשום (לפי סעי' 127(א') לחוק המקרקעין) עסקה הנוגדת הערת האזהרה.

אני מבין כי מדובר פה במצב טיפוסי של עסקות נוגדות, שיוכרע לפי סעי' 9 לחוק המקרקעין: אמנון טרם רשם זכותו במקרקעין, אך היה הראשון בזמן, ונראה כי ההסכם עם רוני, נעשה בתום לב: הן סובייקטיבית – מבחינתו, ואן אובייקטיבית (אף שאין הדבר נדרש לפי פ"ד ארוך, בו מדובר על תום לב סובייקטיבי) – כל רוכש סביר מקבלן לא היה מעלה בדעתו שאם המקרקעין נקיים (והיו לו כשנתיים לברר זאת) מרישום, ישנה עסקה נוגדת, ובתמורה מלאה.

אלא, שחסר לרוני מרכיב הרישום – השלמת הקניין (בעודו בתום לב), ועל כן, לשניהם התחייבות חוזית, ולאמנון יש יכולת לתובעו בעילה קניינית (לפי פ"ד וורטהיימר נ' הררי), ולזכות.

לפי פ"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, אוכל לומר שלאמנון זכות שביושר נוסח ישראל, והוא גובר על כל זכות חוזית נוגדת. פ"ד זה (שביטל את הלכת בוקר) נותן כוח בידי הראשון בזמן – כוח מעין קנייני. פסק הדין השאיר בצ"ע אם מדובר בזכות הנרכשת עם החוזה ממש (כאן, בינואר 198), או ככל שמשולמים יותר תשלומים – וכאן, מכל צד שהוא, אמנון שילם סכום בן למעלה מ-200,000\$, ונראה כי הזכות שביושר עומדת לו. יצוין, כי לפי הלכת וורטהיימר, אין אנו מתייחסים באכיפת חוזהו של אמנון, למצבו של רוני, כחלק ממרכיבי הצדק באכיפה. (ראה התייחסות לתום לב בגנץ נ' בריטיש בסעי' ב')!

ב. מדובר באותו הנכס, עדיין על שמה של החברה הקבלנית, אלא שמדובר על גורם אחר "המתערב" בשלוות הרכישה של אמנון, והוא נושה (ככל הנראה, רגיל ולא מובטח בשעבוד) המתעב ומעקל את הדירה, הרשומה על שמו של הקבל, אך מהווה נשוא התחייבות חוזית לרישום על שם אמנון. לפי הלכת אהרונוב, בצירוף להלכת כספי שהרחיבה אותה גם למצב של פירוק וחדלות פירעון, אמנון יגבר על גדי המעקל. השופטת שטרסברג-כהן הראתה בפ"ד אהרונוב כי לולא זאת יוצר מעגל שוטה, בו מעקל גובר על קונה ראשון, שגובר על רוכש בתום לב, ברישום אך ללא תמורה (מכוח סעי' 9), שגובר על המעקל מכוח רישומו!

עם זאת, בפ"ד גנץ נ' בריטיש, מצטיירת תמונה שונה, המצביעה על כך שהראשון עשוי לאבד זכותו [ותשובה זו רלוונטית במובנים רבים גם לסעי' א'!!] העדיפה עקב אי רישום הערת האזהרה בנסיבות מסוימות – הקטנת חשיבות המרשם גרמה לכך שדוקטרינת תום-הלב, מחוק החוזים (כללי) בסעי' 39 בצירוף סעי' 61, תחול בקניין, על סנקציותיה הנרחבות. כאן תחול סנקציה כמו השתק (Estoppel), קרי, לאדם זכות, אך הוא מנוע מלהשתמש בה, כיוון שיצר מצג (בענייננו – מצג בו אין זכות אחרת העומדת בנוגע למקרקעין, או כזו העומדת לתפוס אותם בהערת אזהרה), אין זכות שביושר מעניקה כוח בלתי מוגבל לרוכש ראשון. כמו"כ, אין פה סתירה לפ"ד וורטהיימר, שכן אין אנו עוסקים במצב של המעקל בשיקולי הצדק, אלא רק בחוסר תום ליבו של הראשון בזמן.

לא למותר להוסיף כי יש כאן נסיבות שונות המצביעות לכיוונים שונים בעניין תום הלב.

בסעי' א' לשאלה (ביחס למאבק של רוני ואמנון): מצד אחד, אמנון, במשך שנתיים לא רשם דבר על הדירה בטאבו, אף ששילם סכום רב, וזהו משום חוסר תום לב, ומצד שני, בהנחה שהוא ישב בדירה והחזיק בה (ואני מניח שהבית בנוי), זה מצביע על כך שלא היה חוסר תום לב.

סעי' ב' לשאלה: עברו אך 2-3 ימים, ולא שולם רבות מצד אמנון, ולכן אין דבר שיצביע על חוסר תום לב מצידו, כיוון שרישום, וגם רישום הערת אזהרה, כרוך בפרוצדורה (אמנון קצרה מרישום בעלות ממש), שעלולה לקחת יותר משלושה ימים.

על כן, אמנון יגבר.

ג. אם נקבע בחוזה כי לקבל זכות לבטל העסקה תוך שנתיים, בתנאי ששייב את התמורה, הדבר יושפע מההלכה של פ"ד כספי נ' נס. אמנון ירצה להיות כבעל עניין קנייני, ולא כנושה רגיל. הוא יטען שיש לו זכות מעין קניינית (אני מניח שהוא לא יקבל את הסכום ההתחלתי ששילם יומיים קודם, כיוון שגם חשבונות הקבלן בבנק, והם הראשונים בתור, עוקלו, ואין זה משנה תשובתי בלאו הכי).

אמנון יטען כי הוא בעל זכות שביושר, שכאמור, גוברת.

למרות זאת, ביהמ"ש יכול שיקבע בו כי היה פה למעשה משכון מסוה – בדרך זו אמנון יראה כמי שקיבל משכון, ולא רשם אותו, ולכן איננו נושה מובטח, ומדובר למעשה על הסכם משכון בו הדירה משמשת ערובה להלוואה, ולפי סעי' 2(ב') לחוק המשכון, אין נפקות לכך שקראו להסכם "הסכם מכר".

בפ"ד כספי נראה כי מישכון, אפילו שהיינו חושבים שחלה עליו הלכת אהרונוב, אינו זכות משכון שביושר הגוברת במקרה של חדלות פירעון (בכיתה ביקרנו את הפסיקה כיוון שבפ"ד אהרונוב דובר על סעי' 9 לחוק המקרקעין, החל גם על משכנתא, ואין סיבה ממשית להבדל בין עסקת בעלות לעסקת משכנתא בעניין עמידותה של זכות שביושר בחדלות פירעון).

עוד הדבר דומה, ואולי אף יותר, להלכה הבאה מפ"ד שוויגר נ' לוי – היה תנאי מפסק, של פירעון ההלוואה, ושם ביהמ"ש העליון ראה קשר מעין זה כמשכון מסוה, שאם לא נרשם כסעי' 7 לחוק המקרקעין, אין החוזה מעניק זכויות יתר קנייניות לאמנון, והוא נושה רגיל, וחייבים לו את \$10,000 שהוא שילם.

הלכת שוויגר חוזקה בפ"ד סילביו נ' דורנבאום – ובלעדיה סעי' 2(ב') לחוק המשכון יאבד מכוחו – כיוון שבמטלטלין ישנן הלכות כמו פ"ד קידוחי הצפון, העוזרות למשכון מסוה להיראות כקנייני אף ללא רישומו, ולכן תשובתי **תשתנה**, ואמנון יהא לנושה רגיל ולא מובטח, כי לא רשם זכותו.

ד. לדעתי, בעלי הדירות האחרים לא יכולים למנוע מאמנון, דרך התקנון, מכירת הבית לשמעון הכופר. לפחות, לא ישירות. בבית משותף, לכל דייר האוטונומיה שלו, ויותר מבשותפות רגילה במקרקעין. בשותפות רגילה במקרקעין, ישנה הגבלה אפשרית וממשית על עסקאות של מכירת חלק במקרקעין משותפים (הרי גם בבית המשותף ישנם מקרקעין משותפים, כגון המנדטורים – של חדר מדרגות, וכיוצא באלה) בסעי' 34, והיא רק ל-5 שנים. אלא שנקבע מפורשות בסעי' 56 לחוק המקרקעין, כי הוראות פרק ה' לא יחולו על הרכוש המשותף. ולכן אין התייחסות ישירה בחוק לקביעה כזו של הגבלת יכולתמכר או להגבלתה ל-5 שנים. בנוסף, בסעי' 62, על פניו, נקבע, כי בעלי הדירות האחרים (ש-2/3 מהרכוש המשותף צמודים לדירותיהם, וכאן ברור כי מדובר בכלם חוץ מאמנון, וברור שהתקנון אף היה בטרם הוא רכש את דירתו) רשאים, ברוב, לקבוע ולשנות הוראות תקנון ביתם המשותף.

בעצם, השאלה היא כזו: מי חזק יותר? בעל הדירה, בעל הזכות הקניינית בדירה, או בעלי הרכוש המשותף, הבלתי מסויים.

את התשובה אני רואה בכמה פסקי דין:

בפ"ד רוקר נ' סלומון, קם רעיון של אי שימוש לרעה בזכות קניינית של בעלות, בחוסר תום לב – השופטים אנגלרד וברק היו האוונגרדים של גישה המדלגת על מבחני רדומילסקי לסעי' 14 לחוק המקרקעין, המונע נזק לאחר בתנאי השימוש בזכות הוא ממניע פסול, ועל זוטי דברים (מינימאלי), והולכים לפי תום-הלב (כאשר ברק מסייג אותו במעט), שכאמור, בא מסעי' 39 לחה"ח (כללי) – כלומר – אפשר לנסות לטעון כי שאר בעלי הדירות גורמים לנזק לאמנון, שלא בתום לב, וגורמים לו צורך במו"מ רק עם אנשים מסורתיים (דבר המכריח אותו להזיל המחיר, ולפרסם יותר). כמו"כ, בסיפא דסעי' 62(א') נקבע כי יש צורך ברוב בעלי הדירות לשינוי זכויות של בעלי דירות – ייתכן כי לאדון אמנון סיכוי לשכנע בעלי דירות אחרים להתנגד, אפילו שהתקנון נקבע לפני בואו, וכך לא יהיה רוב של 2/3 נגד קנייה של לא מסורתיים במצב הנוכחי, ולתקנון זה יהיה פחות כוח, וביהמ"ש יוכל להתחשב בכך.

חשוב להזכיר, שעם כל ההגנה על אמנון, יוכלו בעלי הדירות להתחמק מעימות על תוכן התקנון כשמדובר באמירה ישירה שאין למכור דירה למי שאינו מסורתי, ולקבוע בתקנון הוראות עקיפות, שבימים מסוימים לא ישמע קול חשמלי, של נגינה, וכו', כי אין להכניס מוזן לא כשר למקרקעין המשותפים, או להסתובב בחוסר צניעות, וכי תפעל מעלית שבת בשבתות.

אך יש כאן דבר מה, ממנו ניתן להקיש לענייננו – בהנחה שהבניין קיבל היתר בניה לאחר 7.8.2001, בסעי' 59ז(ג') לחוק המקרקעין רואים שצריך כי "כל" בעלי הדירות יסכימו על שעת הפעלת המעלית – ואפשר להקיש מכך, וגם מסעי' 34 לחוק, כי הגבלות אלה צריכות הסכמת כל הדיירים, וכי גם תנייה כזו תחול רק למשך זמן של 5 שנים – היקש מהוראת פרק ה' כבר נעשה בפ"ד וינטרס נ' זמורה, שהקיש את סעי' 31 לבתים משותפים (אמנם, בעניין פעולה של שותף יחיד).

טענה אחרונה יכולה לבוא מכיוון זליגת עקרונות ציבוריים, כגון זה של שוויון, למשפט הקנייני-פרטי, ועיקרה הוא כבפ"ד און נ' ברוסה ליהלומים – מדובר ברכוש מעין ציבורי – באים אליו דיירים רבים, אורחיהם של הדיירים, וכל מיני שליחים – וככל שהמקום משרת יותר אנשים, כך הוא ציבורי יותר, וחייבים נימוק, ולא רק החלטה שרירותית תספיק, כבעבר. יש לבחון ציבוריות המבנה.

סוף דבר: אולי בפיצויים יצליחו למנוע זאת, אך לדעתי, ביהמ"ש יאסור וימחק איסור גורף שכזה מן התקנון.

לעניות דעתי, ולאור פסק הדין המצורף, מפי השופט אוקון, הנושים צודקים בטיעונם חלקית, ועד כמה שהצדק עימם, הוא מוגבל, ורואה רק צד אחד של המטבע, ולא זאת בלבד, אלא שהדין, כפי שפותח בפסק הדין הזה, ובהלכת אהרונוב וגנץ, מצוי לצידו של לוי.

מצד הדברים הוא כזה:

החייב משכן מקרקעיו לנושה מובטח ורשום, שהמחה זכותו לנמחה, שלא רשם זכותו שקיבל, אף שיכל לרשום זכותו, ועליו היה לדרוש (לדעתי, לפי סעי' 5 לחוק המחאת חיובים המצרף שעבוד להמחאת זכות) מהנמחה לפעול לכוחה של הזכות אשר הומחתי.

מעבר אליו, ישנם נושים כלליים, לא מובטחים. הוא נושה של נכס ספציפי, והם נושים של כלל הנכסים.

ראשית, בפסק הדין הזה ישנה סופית החלת הלכת אהרונוב על משכון, ולדבר סימוך אפשרי בסעי' 5 לחוק המחאת חיובים, המצרף להמחאה את כל הנלווה אליה – וכנראה גם את הרישום שלטובת הנמחה, דבר היוצר זכות שביושר על משכנתא והתעלמות (נוספת) מסעי' 2(ב') לחוק המשכון. לדידי המהלך היה צפוי.

אך מעניין, שראינו בפסק הדין כי לפי הלכת גנץ נ' בריטיש יש דרישת תום לב במשטר העדיפויות.

אני סבור כי ניתן להשוות את סעי' 5 לחוק המחאת חיובים, ולהקיש את 'דרישתו' לכך שהזכות תפעל לדרישת תום הלב מן הנושה המובטח הראשון כמו הבנק בפ"ד ה"פ 002247/03, שהוא נושה מקצועי ואחד מהגורמים המשפיעים על אמינות המרשם, העוסק ברישומים כל העת.

בפסק הדין נתפס נושה כזה כמי שעליו חובת תום לב שכזו ביתר שאת – עליו לנקוט בתום לב גם כנגד נושה רגיל, אף שאין ביניהם התנגשות ישירה – אפילו אשר הוא עוסק בנכס ספציפי, והנושה הרגיל כלל לא ברור שיצטרף להיפרע מנכס זה, יש חוסר תום לב בכך שהוא לא רשם זכותו – ומה קל ודרוש מכל נושה בר דעת מלרשום הערת אזהרה על נדל"ן של אדם פרטי, כשהוא עיקר נכסיו וכך כל אדם סביר יודע? הבנק יכול לצמצם את הסיכון של התנגשות עם נושה רגיל בכך שהוא רשם זכותו, ובכך לענות על דרישת התום הלב ממנו.

כך גם בדרישת סעי' 5 – "ועל הנושה לעשות לפי דרישת הנמחה את הפעולות הדרושות כדי..." – יש פה מעין חובה על לוי לדרוש משמעון שיעביר הרישום לשמו.

אך זהו צד אחד של טענת הנושים הרגילים, ועוד לפני בוא טענות הצד השני, כבר ראינו ש"חוסר תום הלב" הזה גרם נזק של 15% בלבד, לנושה – ויוצא שאם טיעון זה יתקבל, ולוי יראה כמי שיש לו חובת תום לב, וכזו שאפילו מוגברת (משל היה "סוכנות חברתית"...), הרי שלוי יפסיד משהו בסביבות 200 אלף השקלים, בפירעונו, ופירעון של 800 אלף שם עדיין יובטח מהדירה, והוא עדיין יועדף על שאר הנושים **מכוח זכותו שביושר**.

אלא מאי? שיש גם צד שני, והוא שכאן המצב שונה, ויש לאבחן את מצבנו מפסקו של השופט אוקון – אם ראינו בפסק הדין שלא היה רשום דבר לאותת ולהזהיר את הנושים הרגילים, הרי שכאן היה רשום שיעבוד כבר לטובת שמעון – וכי מה משנה לנושים הללו אם רשום השעבוד על הדירה לטובת שמעון או לוי או כל אדם אחר? אין כאן מקום לדבר על תום לב, כיוון שהוא נתמלא במאת האחוזים ע"י שמעון, בשביל לוי – ולא רק בהערת אזהרה, כמו שרצו בפ"ד גנץ נ' בריטיש, אלא ברישום ממש! בפ"ד גנץ נ' בריטיש נדרשו תנאים ונסיבות לשם התהוות של מצב חוסר תום לב של בעל זכות ראשון, העדיף לפי משטר העדיפויות כבעל זכות שביושר, וכאן, לאור פסק זה, ולאור האירוע עצמו, לא קם מצב כזה.

ואפילו יפסק, ולא נראה לי, בשום הגיון שהוא, שלוי לא נושה מובטח מחוסר תום לב, הרי ששמעון נושה מובטח, והשעבוד לא נעלם כאילו בלעהו האדמה, ושמעון המחאה זכותו ללוי, וקניינו של לוי על המשכנתא ושאר הזכויות הנלוות שריר וקיים, והכסף והדירה שלו.