

1

בעניין:

צבי נדל

התובע

ע"י ב"כ עוה"ד א. שביט

מרחוב המלך ג'ורג' 16'
ירושלים

נגד

1. אוריינט קולור, ייצור והפקה (1989) בע"מ
2. קולורמה ים תיכון בע"מ

הנתבעים

ע"י ב"כ עוה"ד עו"ד וסרצוג

מרחוב אבן גבירול 68, תל-אביב

חקיקה שאוזכרה:

[חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: סע' 9, 85\(א\), 85\(ב\), 88](#)

[חוק המשכון, תשכ"ז-1967: סע' 1\(א\)](#)

[חוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חוזה\), תשל"א-1970: סע' 3\(4\)](#)

פסק דין

2

3

4

1. זו תביעה לביטול רישום הערת אזהרה, שנרשמה לטובת הנתבעות על דירת התובע, שעליה יש לו זכויות ל- 49 שנים (להלן: הדירה). זאת, כיון שלטענת התובע, אין יותר עילה לרישום זה. התביעה החלה בהמרצת פתיחה, שהועברה לפסים של תביעה רגילה לבקשת הצדדים.

7

כיון שהתובע אחר בהגשת סיכומיו, הוגשו תחילה סיכומי הנתבעות ובהסכמתן הוגשו אחר כך סיכומי התובע, שהנתבעות הגיבו עליהן בסיכומי תשובה.	1
	2
	3
2. התובע עבד כשכיר אצל הנתבעת 1, שהיא כמו גם הנתבעת 2, חברה למתן שרותים בענף לצילום בצבע. הנתבעת 1 נתנה לו, כעבור שנים רבות של עבודה כשכיר, זכיון להפעלת חנות צילום שלה ברחוב המלך ג'ורג' 1 בירושלים (להלן: החנות), כעצמאי. הוא נקלע לקשיים כספיים במהלך השנתיים של הפעלת החנות ונכנס לחובות ל- 2 הנתבעות בגין אי תשלום דמי הזכיון ועלות חומרי הצילום שסיפקו לו. זאת בסכום של 288,784 ש"ח לשתיקה, כולל רבית, כטענתו, נכון ל- 17.5.93 (להלן: החוב).	4
	5
	6
	7
	8
	9
	10
3. בקשר לפתרון בעיית החוב, טוען התובע שמאז תחילת מאי 93 הוא ניהל מו"מ טלפוני בדבר פרעונו עם מנהלן של הנתבעות מר סמואלוב (להלן: המנהל). המנהל הציע לו, לדבריו, שימכור את הדירה לצורך הפרעון ואף לחץ עליו שיעשה זאת במהירות.	11
	12
	13
ביום 15.5.93 נתקיימה פגישה עם המנהל, בנוכחות 2 עובדים בכירים של הנתבעות, החשב ומנהל השיווק (להלן: הפגישה). בפגישה הוסכם, שמהתמורה שיקבל התובע בגין הדירה, הוא ישלם תחילה את המשכנתא הרובצת עליה, לבנק אדנים, ואילו יתרת התמורה תשולם לנתבעות בגין החוב. לטענתו הוא הבהיר למנהל שיתרת התמורה לא תכסה את כל החוב.	14
	15
	16
	17
	18
	19
	20
ביום 17.5 חתם התובע אצל בא כוחן של הנתבעות על 2 מיסמכים, שהוכח שלא קרא אותם ולא קיבל לידיו העתקים מהם. הוסבר לו ע"י ב"כ הנתבעות, שערך אותם (להלן: עוה"ד), שהם משקפים מבחינה משפטית את ההסכם, אליו הגיע עם המנהל, כפי שהמנהל פירט אותו לעוה"ד. התובע הבין שהמנהל מסר את פרטי ההסכם, כפי שסוכמו לגירסתו.	21
	22
	23
	24
2 המיסמכים, צירופים א' ו-ב' לכתב ההגנה, שעליהם הוא חתם, הם:	25
הראשון: "התחייבות לרישום משכנתא ראשונה ו/או שניה" על הדירה, הכולל הודאת התובע בגובה החוב שהוא 288,784 ש"ח. כמו כן הסכמה לרישום הערת אזהרה על התחייבותו לרישום משכנתא (להלן: הערת האזהרה).	26
	27
	28
השני: יפוי כוח בלתי חוזר לרישום המשכנתא על החוב, בצירוף ריבית מיום החתימה ועד תשלומו בפועל (להלן: יפוי הכח).	29
	30
לפי גירסת התובע, הוא היה במו"מ על מכירת הדירה באמצעות מתווך כבר מסוף אפריל-תחילת מאי, דהיינו מאז הצעת המנהל שימכור את הדירה. הוא מצא קונה, מר חודדה (להלן: הקונה), שבזמן חתימתו על המיסמכים "היה חס" והוא הודיע על כך לעוה"ד, מבלי לנקוט בשם הקונה. ביום 19.5 נחתמה עסקת המכר. הדירה נמכרה ב- 100,000 דולר, או ליתר דיוק ב- 97,000 דולר בגין הדירה ו- 3,000 דולר עבור רהיטים (ר' הסכם המכר, שצורף לכתב התביעה).	31
	32
	33
	34
	35
	36

- 1 ביום 20.5 נרשמה הערת האזהרה ע"י ב"כ הנתבעות אצל רשם המקרקעין.
- 2 התובע פרע, כדבריו, מהתמורה שקיבל את המשכנתא של בנק אדנים ואת היתרה של
- 3 160,000 ש"ח שילם לנתבעות (להלן: יתרת התמורה). בכך קיים את ההסכם הנטען על ידו
- 4 עם המנהל והוא זכאי לביטול הערת האזהרה. מה גם שאי ביטולה מונע ממנו את יכולת
- 5 רישום הדירה על שם הקונה, כפי שהתחייב בהסכם המכר, אותו קונה, שמכספיו שולמה
- 6 יתרת התמורה לנתבעות.
- 7 הנתבעות מסרבות לביטול ההערה. יתר על כן הן ביטלו את הזכיון שלו לחנות כחדשיים
- 8 אחרי מכירת הדירה, אף שהמשך הזכיון היה תנאי לכל העסקה. בכך הן מפרות, לדבריו
- 9 את ההסכם.
- 10
- 11 4. הנתבעות אינן מתכחשות לעובדה של קיום הסכם בע"פ, אך הן חולקות על תוכנו. לגירסתן
- 12 לא דובר כלל על מכירת הדירה, אלא רק על שיעבודה. 2 המיסמכים בכתב דלעיל, שנחתמו
- 13 לדבריהן ע"י התובע מתוך ידיעה מלאה על מה הוא חותם, הם ראיה חותכת בקשר לפרט
- 14 זה, שהוא בלב ההסכם. התובע הטוען, כי בפועל הוסכם אחרת מהנאמר בכתב, עליו נטל
- 15 השכנוע והוא לא עמד בו.
- 16 בקשר להמשך הזכיון, טוענות הנתבעות, שהמשכו כלל לא היה תנאי מצידו של התובע
- 17 להטלת המשכנתא על הדירה. להיפך היה זה צעד כלכלי ואנושי כאחד מצד הנתבעות,
- 18 שקיוו כי בדרך זו התובע יצליח להקטין את החוב ואולי אף יביא "להצלת הדירה" (קרי אי
- 19 מימוש המשכנתא) ומתן אפשרות לתובע להתאושש. משצבר התובע עוד חובות כבר
- 20 בחדשיים הראשונים אחרי ההסכם, בוטל על ידם הסכם הזכיון.
- 21
- 22 5. **גירסת התובע נראית לי מזו של הנתבעות.**
- 23 א. הגעתי למסקנה, שההסכם היה הסכם למכירת הדירה, על ידי התובע, כטענתו ולא
- 24 להטלת משכנתא בלבד, כטענת הנתבעות וכי התובע עמד בנטל השכנוע, המוטל עליו
- 25 בנקודה מכרעת זו:
- 26 (1) קיימת הודאת הנתבעות בכתב לתוכנו של ההסכם בע"פ, באמצעות עורך
- 27 הדין- במכתבו מיום 1.3.95 לעורך דינו של התובע - ת/ 2 - שמפאת חשיבותו אצטט
- 28 אותו כלשונו:
- 29 **"הנדון: נדל חיים:**
- 30 **"אני מאשר קבלת מכתבך בנדון מיום 27.2.95 והייתי רוצה להעמיד דברים על**
- 31 **דיוקם:**
- 32 1. כאשר ערכתי את המסמכים הקשורים בחובו של נדל לאורינט קולור הובהר לי
- 33 ע"י מר נדל, כי הערת האזהרה באה להבטיח, כי אם תימכר הדירה, תקבל מרשתי
- 34 את הכספים פחות סכום המשכנתא. מר נדל אף אמר לי בעת שחתם על המסמכים,
- 35 כי תוך זמן קצר ימכור את הדירה ויחסל את החוב למרשתי.
- 36 2. דברים אלה אני מאשר לך בזאת.

- 1 3. יחד עם זאת קיימת טענת מרשתי, כי נדל הודיע הן לי והן למרשתי, כי הדירה
2 נמכרה תמורת 110,000 דולר ובחווזה שהומצא נרשם 97,000 דולר. מר נדל לא הבהיר
3 עד היום את פשר ההפרש. בפועל לא ברור למרשתי מקור הכספים, שקיבלה. מר נדל
4 לא ביקש ממנה רשות ולא עדכן אותה במכירה."
5
6 במשפט הראשון בסעיף 1 נפלה כנראה טעות. שהרי לא התובע הסביר לעו"ד לשם מה
7 מחתימים אותו על הסכמה להערת אזהרה ומה היא באה להבטיח, אלא להיפך, אם בכלל.
8
9 - עוה"ד מודה, איפוא, שהערת האזהרה (וגם המשכנתא) מתייחסות להבטחת פרעון יתרת
10 התמורה לכשתימכר הדירה. משמע, למקרה שלא תימכר עד רישום המשכנתא.
11
12 - עוה"ד מודה גם באותו סעיף, שהתובע אף אמר לו בזמן חתימתו על ההסכמים, כי ימכור
13 את הדירה תוך זמן קצר (כלשון התובע: יש לו קונה "חס") לשם חיסול החוב, שהוא יתרת
14 התמורה. במילים אחרות, הוא הבטיח לו את מימוש הבטוחה בהקדם. משתמע מכך, כי
15 הנתבעות היו מעונינות בחיסול בעין ובמהירות האפשרית של אותו חלק של החוב, שאמור
16 היה להיות מכוסה מתמורת הדירה ומובטח במשכנתא, למקרה שלא יפרע.
17 גם לולא כך, עוה"ד לא הגיב על הודעתו של התובע שבכוונתו למכור את הדירה ובמהירות
18 ולא הזהיר אותו באותו מעמד, שכוונת הנתבעות בניגוד להסכם - לא למכירה על ידו, אלא
19 לרישום משכנתא ומימושה בבוא הזמן על ידן ולא על ידו. אני רואה בכך מתן רשות
20 והסכמה של הנתבעות למכירה, באמצעות עורך דינם, ללא הסכמתן מראש למכירה
21 הספציפית.
22 - הסיפא של המכתב מעידה על האמור ברישא. בסעיף 3 טוען העו"ד בשם הנתבעות כנגד
23 המכירה, אלא רק כנגד גובה סכום המכירה.
24 הוא מצביע אמנם על אי בקשת התובע את רשות הנתבעות למכירה, אולם לא כעל מעשה
25 הנוגד את המיסמכים, אלא כסיבה לכך, שלנתבעות לא ברור בפועל, כטענתן, כי מקור
26 הכספים שקיבלו בגין החוב הן מתמורת הדירה.
27
28 (2) הנתבעות לא טרחו להעיד על תוכן ההסכם, כתואם את גירסתם, את 2 הפקידים
29 הבכירים, שנוכחו בזמן כריתתו. הם הסתפקו בעדותו של המנהל, עדות יחידה של
30 בעל דין. עובדה זו מחזקת, לפי ההלכה המשפטית, את גירסת התובע.
31
32 (3) גם הנתבעות ערות כנראה לכך, כי אין הגיון בטענתן, שההעדיפו שיעבוד הדירה על
33 מכירתה ותשלום בעין של החוב. אכן זו הפיכת היוצרות: המעוניין בגביית החוב
34 ומהר הוא הנושה, ואילו הלווה- החייב הוא המעוניין במתן הערובה ומשיכתה לאורך
35 זמן - ראה לענין זה ה.פ. 1692/96 של בית המשפט המחוזי בת"א (טרם פורסם),
36 שצורף לסיכומי הנתבעות דווקא.

- 1 הנתבעות מנסות לנמק את העדפתן ה"הפוכה" של הבטוחה על מימושה בכך, כי
2 "מכירתה (של הדירה) תביא לניתוק הקשר עם התובע" ואילו בהשארתה כבטוחה
3 "מחירה יכול רק לעלות". (ס. 14 לסיכומים).
4
5 נימוקים אלה אינם סבירים:
6 למכירת הדירה ולקיום הקשר עם התובע, או ניתוקו, אין ולא כלום.
7 הקשר עם התובע היה תלוי אך ורק בהמשך הזכיון לחנות או ביטולו. זאת, כיון
8 שהזכיון היה אמור לאפשר לו, כטענתן שלהן, לשלם את החוב. הנתבעות הן
9 שביטלו אותו.
10 באשר לנימוק השני, גם הוא אינו מקובל עלי. אין כל ביטחון שמחירה של הדירה
11 יכול היה רק לעלות עם הזמן. ועוד: אין בודאי בטחון שעליית מחירה היה מדביק
12 את הריבית שהתובע התחייב, לפי ייפוי הכח שהוחתם עליו, לשלם על החוב של
13 כמעט 290,000 ש"ח עד תשלומו בפועל.
14
15 (4) הפסיקה רואה מימוש בטוחה כעדיפה על הארכתה ראשית כל לנושים, אך גם ללווים
16 - החייבים, כפי שמצטטות הנתבעות עצמן מתוך ה.פ. 1692/96 הנ"ל "חייבים בתי
17 המשפט לנקוט במדיניות ברורה שעל פיה שיעבודים ניתנים למימוש (על ידי
18 הנושים). עיכוב שיעבודים מכביד בסופו של דבר (גם) על הלווים, שיידרשו להמציא
19 בטוחות וערבים כהנה וכהנה, על מנת שבסופו של יום יוכל הנושה להיפרע."
20 מה להן לנתבעות להלין על סמך ציטוט זה על כך, שהתובע לא רק מימש את
21 הבטוחה, אלא פרע את החוב עוד לפני שהיא נרשמה? מה גם, שטובתם תאמה את
22 טובתו?
23 (5) לא השתכנעתי, כי התובע היה ער לכל התחייבויותיו לפי המיסמכים ולמשמעות
24 המשפטית של הערת האזהרה ורישומה. זאת מאחר, שהוכח כי אכן לא קרא אותם
25 והסתפק בהסבר הקצר שנתן לו עורך דינו של הנתבעות. הוא אף לא קיבל העתק
26 מהמיסמכים לידי, כאמור. כן הוכח, כי עוה"ד הכין את המיסמכים על יסוד מה
27 שאמר לו המנהל בדבר תוכן ההסכם עם התובע. אני מאמינה לתובע, שהוא הבין
28 מכך שהמיסמכים משקפים את ההסכם נכונה, ז"א כגרסתו שלו (ר' עמ' 12 בעדות
29 התובע).
30 בנוסף אינני מקבלת את טענת הנתבעות, שרישום הערת האזהרה, משמעה זכות וטו
31 על עצם מכירת הדירה ע"י התובע "מסיבות מוצדקות". הסיבות הן, לדבריהן: "כמו
32 שהמחיר בו נמכר הנכס אינו מתאים, כי מכירת הנכס השמיט כל בסיס לייצור כסף
33 עתידי, כי העיתוי של המכירה אינו מתאים ועוד".
34 אם המחיר לא נראה להן, מזכותן לטעון זאת בפני בית המשפט, כפי שעשו ולהוכיח
35 את המחיר הנכון; קשה להעלות על הדעת, איך הדירה שאדם גר בה, יכולה לשמש

לייצור כסף, שלא ע"י מכירתה; באשר לעיתוי, מכירה לשם פרעון החוב מה שהיא יותר מוקדמת, עדיפה לנושה.	1
	2
	3
(6) הנתבעות טוענות, כי היה מעין מחטף מצד התובע במעשה של מכירת הדירה: התובע חתם על יפוי הכוח ביום 17.5 ורץ מהר למכור ביום 19.5, "מתוך מחשבה שמחד הוא מקדים את הנתבעות, שלא תספקנה לרשום אזהרה בירושלים, ומאידך יספיק לקבל את התמורה הכספית", אלא שהתנהגותו זו בחוסר תום לב נכשלה (ר' סיכומים, סעיף 6). בתשובתן (סעיף 2.9) הן מוסיפות: "מצד אחד הוא מציע דירה כבטוחה ומצד שני הוא מוכר אותה, בבחינת רצון להיבנות מכל העולמות".	4
	5
	6
	7
	8
	9
אינני מוצאת הגיון בטיעון זה, שהרי התובע לא נהנה מכל העולמות. הוא קיבל אכן כספים מהמכירה, אך לא שילשל אותם לכיסו. להיפך הוא פרע אותו חלק מהחוב, שהתחייב לפרוע, אלא עשה זאת לפני שהנתבעות רשמו משכנתא ולפני שנאלצו לממש אותה בשל אי פרעון החוב.	10
	11
	12
	13
דוקא ההיפך הוא הנכון: הנתבעות הן שרוצות להינות מ - 2 עולמות:	14
גם מפרעון חלק החוב שלהבטחתו אמורה היתה להיות מוטלת המשכנתא וגם מממוש המשכנתא בגין יתרת החוב, שלגביה התובע לא התחייב למשכן את הדירה.	15
	16
	17
(7) אני מסכימה, כמובן עם הנתבעות (בסעיף 7 לסכומיהן), שחשיבות קבלת משכנתא ע"י נושה היא בכך, שהיא מבטיחה את פרעון החוב, אך אינני מקבלת ככנה את הטענה, שהנושה לוקח אותה על מנת שיוכל "להפעיל אותה, כשיהיה סבור, כי כלו כל הקיצין וכי אין דרך אחרת לקבל את החוב", במיוחד כשמדובר בדירת מגוריו של החייב, רוצה לאמר מתוך דאגה לטובת החייב. לכן, לדברי הנתבעות, פרעון החוב ע"י מכירת הדירה, כמו במקרה שלנו וללא הסכמת הנושה בעל המשכנתא, הוא מעשה שלא ייעשה.	18
	19
	20
	21
	22
	23
	24
אני מרשה לעצמי לפקפק שבראש מעייניו של הנושה עומדת טובתו של החייב. אינני גורסת גם את נימת האפורטרופסות המשתמעת מן הטענה, כאילו הנושה הוא המחליט מה טוב בשביל החייב. אי הסכמת הנושה למכירה לפני הטלת המשכנתא היא ככלל, כאמור, גם שלא לטובת החייב.	25
	26
	27
	28
ודאי אין זה מאינטרס הנושה לחכות עד שכלו כל הקיצין להיפרע את החוב, כשהוא יכול כלל לא להטיל בטוחה ולהיפרע את החוב על אתר.	29
	30
	31
(8) עדות המנהל אינה אמינה עלי. אביא רק דוגמאות מעטות:	32
לפי עדותו (בעמ' 15-16) התובע שילם לו ביוני 93 את הכספים, שטוען כי שילם ע"ח החוב והודיע לו שמכר את הדירה ושקיבל תמורתה 100,000 דולר ועוד קיבל כסף שחור שיספיק לו להשלים את חובותיו. התובע אף הציע, לדבריו, לשלם עוד 50,000 דולר, אך הוא סירב לקבלם, כי זה לא כיסה את כל החוב.	33
	34
	35
	36

- 1 לא הצלחתי לרדת לסוף דעתו, מדוע לא היה לו ברור, כי מקור הכסף הוא ממכירת
- 2 הדירה, כפי שהוא טוען בהמשך עדותו.
- 3 באשר למחיר, שקיבל התובע, אינני מאמינה, שהוא אמר למנהל, או למי מהפקידים,
- 4 שקיבל 50,000 דולר יותר מהמחיר ולא שאמר כי מדובר בכסף שחור:
- 5 ב- ת/ 2 נאמר, כי התובע הודיע שקיבל עבור הדירה 110,000 דולר, ז"א 10,000
- 6 דולר יותר מהסכום לפי הסכם המכר, וכך הודע לעוה"ד ולמנהל (ולמרשתו לפי
- 7 ת/ 2).
- 8 תשובתו לשאלה מדוע יש פער כזה בין המחיר שהודע לו לדבריו ולזה שהודע לעוה"ד,
- 9 הוא ענה: "נזרק לחלל הרבה מאוד סכומים". הסבר זה אינו מקובל עלי. חזקה על
- 10 עו"ד שאינו זורק סכומים לחלל (בכל מקרה מה שנכתב על ידו מחייב את מרשו).
- 11 כן נאמר ב- ת/ 2 שפשר ההפרש של 10,000 ש"ח לא הוסבר עד יום כתיבת המכתב
- 12 (1.3.95) ולא כי נאמר ע"י התובע שמקורו בכסף שחור. זאת ועוד: לפי עדותו של
- 13 המנהל נוכחו בפגישה 2 העובדים הבכירים, כאמור. לדברי המנהל, התובע אפילו לא
- 14 פירסם את קבלת הכסף השחור "בפני כולם", אך לא הבכירים וגם אף אחד
- 15 מ"כולם" לא הועד על כך.
- 16 יצויין יחד עם זאת, כי גם התובע אינו טלית שכולה תכלת: הוכח, כאמור, שהוא
- 17 עצמו הודיע לעוה"ד, כי קבל 10,000 דולר יותר ממה שכתוב בהסכם המכר ובכל זאת
- 18 טען בעדותו ובסיכומיו שקבל רק 100,000 דולר.
- 19 - לא סבירה לחלוטין עדותו של המנהל (בעמ' 17), כי בזמן ההסכם ועד שנודע לו על
- 20 מכירת הדירה, הוא לא התעניין מה ערך הדירה, שניתנה לו לדבריו כבטוחה על
- 21 מלוא חובו של קרוב ל- 289,000 ש"ח.
- 22 יתר על כן לא סביר, שלמרות זאת הסכים שתרשם עליה לטובת הנתבעות משכנתא
- 23 שניה בלבד אחרי בנק אדנים, שלטובתו נרשמה משכנתא ראשונה וכי רק יתרת
- 24 התמורה תשולם לנתבעות כפרעון. ואף בקשר לגובה המשכנתא הראשונה, הסתפק
- 25 בהודעתו של התובע, כי היא "בשיעור קטן".
- 26 בסיכומים (סעיף 14) כותב אכן ב"כ הנתבעות, כי **בפגישה** היתה כוונת המנהל
- 27 שהדירה לא תימכר, אלא תהווה בטוחה, כיון ש"מחיר הדירה אין בו, כדי לכסות את
- 28 כל החוב". המנהל ידע, איפוא, כבר בזמן עריכת ההסכם לא רק את מחיר הדירה
- 29 (הראוי) אלא גם את גובה המשכנתא הראשונה.
- 30 - עובדה מוכחת היא, שמימוש המשכנתא לא נתבקש כלל ע"י הנתבעות אחרי קבלת
- 31 התשלום מהתובע כנ"ל ביוני. המנהל ידע אז, כהודאתו, כי הכסף הוא מתמורת
- 32 הדירה ושזו היתרה בגובה 110,000 ש"ח לכל היותר.
- 33 אם ההסכם היה כטענתו למשכנתא בלבד ולא למכירת הדירה, מדוע חיכה חודשים
- 34 רבים עד שפנה להוצאה לפועל?

- 1 - הוא אמר בעמ' 16 : "כשהוא (התובע) הלך (אחרי ביצוע התשלום וההודעה על
2 מחיר הדירה), ביררתי (עם היועצים המשפטיים של החברה), אם היה רשאי למכור
3 את הדירה והבנתי שזה נעשה בתרמית. המתנתי לקבלת מלוא התמורה שהוא חייב."
4 אם התייעץ עם עוה"ד, שידע שהתובע אמר לו מראש שהוא עומד למכור בקרוב את
5 הדירה, לא יכול היה לקבל תשובה שהמכירה היתה תרמית. לא כל שכן לא היה
6 הגיון משפטי בלייעץ לו לחכות לקבלת מלוא סכום החוב, כשהוסכם שיקבל את
7 יתרת התמורה בלבד. כל מה שיכלו לייעץ לו זה לתבוע עוד 10,000 דולר לאור
8 ההפרש בין מה שהיה רשום כמחיר הדירה בהסכם המכר, לבין מה שהודיע התובע,
9 לדברי עוה"ד בת/2 ולו עצמו.
- 10
11 ב. אני מקבלת על כן את גירסת התובע וקובעת, כי עובדתית הוסכם בין הצדדים
12 בפגישה, שהדירה תימכר, מבלי שנדרש מהתובע, כי יקבל תחילה רשות מהנתבעות
13 לכך. גם אילו היתה דרושה רשות כזו, הוא קיבל אותה למעשה מעוה"ד.
14 כן הוסכם, כי להבטחת המכירה - כל עוד היא לא בוצעה - תירשם משכנתא לטובת
15 הנתבעות וכי התובע יחתום אצל עוה"ד על מיסמכים משפטיים, שהכין עוה"ד,
16 והמשקפים מבחינה משפטית את ההסכם, שהתובע הבין שהוא תואם את גירסתו.
17 המסמך הרלבנטי, עליו הוחתם התובע היא ההתחייבות שלו לרישום הערת אזהרה,
18 כי תירשם לטובת הנתבעות משכנתא שניה על הדירה. מהאמור ב- ת/2 הוא יכול
19 היה להבין, כי המסמכים, לרבות הערת האזהרה הם לתקופה הקצרה כל עוד לא
20 נמכרה הדירה על ידו. אין על כן חוסר תום לב בכך, שהוא לא הודיע לנתבעות על
21 המכירה מיד לאחר עשיית עיסקת המכר (או לפניה), אלא רק בזמן תשלום יתרת
22 התמורה. על כל פנים אי ההודעה עד אז לא גרמה לנתבעות כל נזק וגם לו הודיע,
23 לכל היותר היה נמנע רישום הודעת האזהרה המיותרת.
24 התובע שילם לנתבעות את תמורת הדירה, בהתאם להסכם, אחרי שנוכחה ממנה
25 המשכנתא הראשונה לבנק אדנים.
- 26 הנתבעות המציאו ראייה לחוב התובע להם, נכון ליום 4.2.97. חוב זה כולל את
27 יתרת החוב הראשוני (אחרי שנוכחה ממנו יתרת התמורה) וכן את החוב הנוסף
28 שצבר התובע לדבריהן אחרי ההסכם. (ראה מכתב חשב הנתבעות מיום 4.2.97) חוב
29 זה מסתכם ב- 199,956.57 ש"ח, והוא נתבע על ידי הנתבעות בתביעה שהגישו נגד
30 התובע בבית משפט השלום ושלא הגישו כתביעה נגדית בפני. בתביעה זו כלול
31 ההפרש במחיר, שבו נמכרה הדירה ושהיה שנוי במחלוקת בין הצדדים.
- 32
33 ג. לאור עובדות אלה, אני רואה חוסר תום לב מצד הנתבעות בהחתמת התובע על הערת
34 האזהרה, מבלי שיצויין בה שהתחייבותו לרישום המשכנתא היא על תנאי, שהדירה
35 לא תימכר עד אז ו/או יתרת התמורה לא תשולם לנתבעות.
36 המסקנה המשפטית מעובדות אלה היא, שדין הערת האזהרה להתבטל.

7. **הצדדים טוענים טענות משפטיות נוספות בקשר לתביעה.**

עיקרם של הטענות סובב סביב הבעיה, איזו מהעסקאות עדיפה מבחינה חוקית, זו של הנתבעות, כטענתן, שבקשר אליה ניתן יפוי הכח ביום 17.5 והערת האזהרה נרשמה ביום 20.5 (להלן: העיסקה הראשונה) או כטענת התובע עיסקת המכר, שההסכם לגביה נחתם ביום 19.5 (להלן: העיסקה השנייה), ז"א לפני שנרשמה הערת האזהרה של הנתבעות והקונה קנה אותה בתום לב, כדירה שאין עליה שיעבוד זה.

א. על פי [סעיף 9 לחוק המקרקעין](#) תשכ"ט - 1969 (להלן: החוק), במקרה של עסקאות נוגדות, זכותו של בעל העיסקה הראשונה עדיפה על זכותו של בעל העיסקה השנייה, אם נרשמה על ידו הערת אזהרה. הערת האזהרה היא רשות ולא חובה, כך שלמעשה הזכות לאכיפת עיסקה הראשונה גוברת, גם אם לא נרשמה בגינה הערת אזהרה, אם בעל הזכות לפי העיסקה השנייה, טרם רשם אותה במירשם - ר' [ע"א 839/90 רז נ. אורנשטיין ואח', פד"י מ"ה \(3\), 739, בעמ' 746](#). לכאורה, איפוא, זכותן של הנתבעות עדיפה במקרה שלנו.

ב. בדין טוען התובע, שההלכה הנ"ל חלה כשהעסקאות הנוגדות הן שוות ערך, אם כי אינני מקבלת את הנמקתו, שהיא, כי ההתחייבות בקשר למשכנתא היא אובליגטורית ולמכר היא קנינית. -

כל התחייבות היא אובליגטורית מעצם מהותה כהתחייבות. אך הזכויות עליהן מגינות ההתחייבויות - גם אם שתיהן קניניות - יכולות להיות לא שוות ערך, כמו משכנתא ומכר. המשכנתא היא "מישכון מקרקעין", לפי הגדרתה בחוק, ובאה להגן על זכותו של בעל העיסקה הראשונה לממש את חובו. היא נחותה מזכות הבעלות, המוגנת ע"י ההתחייבות לעיסקה השנייה של המכר. זאת כיון שלפי [סעיף 85\(א\)](#) לחוק "משכנתא אינה פוגעת בזכותו של בעל מקרקעין... לעשות בהם כל עיסקה...", מה שאין כן במקרה של מכר.

ג. אמת נכון [שבסעיף 85\(ב\)](#) נאמר: "עיסקה שבעל המקרקעין עשה בהם לאחר שמושכנו, אין בה כדי לגרוע מזכותו של בעל המשכנתא לממש אותה". משמע התרופה של בעל המשכנתא היא להיפרע את חובו או מהחייב או מבעל העיסקה השנייה - ר' ניתוח מקרה דומה ע"י הנשיא אגרנט ב- [ע"א 661/74 עוזיאל ואח' נ. דווחובני, פד"י ל\(3\) 763, בעמ' 774-783](#). נושא הדיון שם היו אמנם זכויות במקרקעין, לפי דיני היושר, טרם הכניסה לתוקפו של החוק, אך ניתן ללמוד ממנו גזירה שווה. זאת כיון שבסוגיה זו תואמים דיני היושר את הדין לפי החוק.

- 1 בפס"ד הנ"ל ההתדיינות היתה בין 2 הצדדים השלישיים ב- 2 העיסקאות. במקרה
2 שלנו אינני צריכה להכריע איזו עיסקה עדיפה, הקונה שבעיסקה השניה אינו צד
3 לדיון. הדיון הוא בין התובע-הבעלים לבין הנתבעות, שרשמו הערת אזהרה בקשר
4 להתחייבות התובע להטלת המשכנתא, שאת אכיפתה תובעות הנתבעות, בשעה
5 שהחוב כבר נפרע.
- 6 השאלה המישפטית העומדת על כן להכרעה - אפילו בהנחה שתוכן ההסכם בין
7 התובע לנתבעות היה הטלת משכנתא על הדירה ולא פרעון החוב בעין - מה דין פרעון
8 החוב טרם הטלת המשכנתא.
- 9 משכנתא היא כאמור מישכון של מקרקעין. מהות המישכון מוגדרת [בסעיף 1\(א\)](#)
10 [לחוק המשכון](#) תשכ"ז- 1967: "מישכון הוא שיעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה
11 את הנושה להיפרע מן המשכון, **אם לא סולק החיוב**". (ההדגשה שלי ד.ו.).
12 לפיכך פרעון החיוב הוא העיקר, המשכון או המשכנתא הטפל. אפילו היתה נרשמת
13 המשכנתא והוכח, כי החוב, או אותו חלק שבגיניו שועבדה הדירה, סולק, לא היו
14 הנתבעות יכולות להיפרע מהמשכנתא.
- 15 כוונת המחוקק לעדיפות פרעון החוב על המשך חלות משכנתא, ובאנלוגיה על סילוקו
16 לפני הטלתה, ניתן ללמוד גם [מסעיף 88](#) לחוק, האומר: "אין בכוחם של תנאי
17 המשכנתא, כדי לגרוע מהזכות לפדות את המקרקעין הממושכנים לפני המועד
18 לקיום החוב..."
- 19
- 20 ה. יתר על כן, על היחסים בין בעלי הנכס ועושה העסקה הראשונה, גם אם העיסקאות
21 שוות ערך, חל [סעיף 3\(4\) לחוק החוזים \(תרופות בשל הפרת חובה\)](#) תשל"א- 1970,
22 דהיינו ניתן לבדוק, אם בנסיבות הענין האכיפה של ההסכם בין הצדדים היא בלתי
23 צודקת. "במסגרת זו רשאי בית המשפט להתחשב בהתנהגות הקונה הראשון - קרי:
24 הנתבעות בעניננו - כגון מעשי תרמית או הטעיה או רשלנות שביצע (ר' [ד"נ 21/80](#)
25 [ורטהיימר ואח' נ. הררי ואח', פד"י ל"ה\(3\)](#), 253, בעמ' 267).
- 26 כפי שקבעתי לעיל, הוטעה התובע לחשוב שהמסמכים, שחתם עליהם, לרבות
27 ההתחייבות לרישום האזהרה על הטלת המשכנתא, משקפים את ההסכם בין
28 הצדדים, כפי שהוכח, ז"א את העובדה שהוא מתחייב למכור את הדירה לשם פרעון
29 חלק מחובו וכי הוא נותן בטוחה, ע"י חתימתו על המסמכים, שכל עוד לא נמכרה
30 הדירה ואותו חלק של החוב לא נפרע, היא תהיה משועבדת לנתבעות.
- 31 מכאן שפרעון חלק החוב ע"י התובע עפ"י ההסכם, לא רק מייתר את רישום
32 המשכנתא, לא רק יוצר אבסורד של רישום משכנתא בגין חוב בלתי קיים, אלא גם
33 פסיקתה תהיה בלתי צודקת בגלל הטעיית התובע ע"י הנתבעות.
- 34
35
36

1	
2	
3	
4	
5	ו. אני מצווה על כן על רשם המקרקעין בירושלים לבטל את הערת האזהרה, שנרשמה
6	לטובת הנתבעות על דירת המגורים של התובע, ברחוב יהלום 223/9, בשכונת גילה ב'
7	בירושלים והידועה כגוש 28050, חלקה 18/25.
8	
9	הנתבעות תשלמנה לתובע את הוצאות המשפט ושכ"ט עו"ד בסך 7,000 ש"ח + מע"מ.
10	
11	המזכירות תשלח עותק לצדדים.
12	
13	
14	ניתנה היום, י"ט באלול תשנ"ז, (21 בספטמבר 1997), בהעדר הצדדים.
15	דניאלה וכסלר, שופטת
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	
24	ניתן היום ט"ז בטבת תשנ"ח, 14 בינואר 1998 בהעדר הצדדים.
25	המזכירות תמציא העתק לב"כ הצדדים.
26	מותר לפרסום מיום 14/01/1998
27	דניאלה וכסלר, שופטת
28	d162196a.1 /
29	
30	נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח