|  |
| --- |
| **בית המשפט המחוזי במרכז-לוד**  |
|  |
| בשארי נ' בנק מזרחי טפחות בעמ ואח'  | 11 פבר 201858726-05-17 |
|  |
| **השופט** | ארז יקואל |
|  |
| **המבקש** | עמנואל בשאריע"י עו"ד נוריאל אור |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **המשיבים** | 1. בנק מזרחי טפחות בע"מ2. בר שבי (משיב פורמלי)ע"י עו"ד אבי אברמוביץ[בשם משיב 1] |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|   |

המשיב 2 התחייב כלפי המבקש והמשיב 1 בהתחייבויות סותרות ביחס לזכויותיו במקרקעין. השאלה הניצבת במוקד המחלוקת שמלפניי היא, איזו מבין שתי התחייבויות יש להעדיף. המבקש עותר לסעד הצהרתי, לפיו המשכון שנרשם לזכותו על זכויות המשיב 2 (להלן: "החייב") בדירות הידועות כיום כחלקות 59 ו- 60 בגוש 5837 (להלן: "הדירות") – עדיף וקודם למשכון שנרשם לטובת המשיב 1 (להלן: "הבנק"). כן עותר המבקש למנות את בא כוחו ככונס נכסים על זכויות החייב בדירות ולחילופין, לכל סעד אחר לשם הסדרת זכויותיו. הבנק טוען כי יש להעדיף את זכויותיו ונוצרת, למעשה, מעין "תחרות" בין המשכון והערת האזהרה שנרשמו לטובת המבקש, לבין הערת האזהרה והמשכון שנרשמו לטובת הבנק.

**רקע**

1. ביום 12.12.12, התקשר החייב בהסכם לרכישת שתי דירות מאת הגב' לונה שיפר (ר' נספח 3 להמרצת הפתיחה, להלן: "הסכם המכר"). באותה העת, הדירות לא היו רשומות בפנקס המקרקעין, כי אם בחברת עמידר החברה הלאומית לשכון בישראל בע"מ (להלן: "עמידר") (ר' נספחים 3-4 להמרצת הפתיחה; נספח א' לכתב התשובה) .
2. ביום 17.6.14 וביום 23.6.14, נרשמו הדירות על שם המוכרת. כאשר נרשמו הדירות בפנקס המקרקעין, הן נרשמו על שם המוכרת כחלקות 59 ו- 60 (ר' נספח א' לכתב התשובה).
3. ביום 5.2.15, נחתם כתב התחייבות בין המבקש לבין החייב, במסגרתו הוסכם כי יתרת ההלוואות שהעמיד המבקש לחייב ואשר טרם שולמה, עומדת על סכום של 360,000 ₪. כך הוסכם כי החייב יפרע את יתרת החוב בתוך 12 חודשים מאותו המועד וכי להבטחת פרעון החוב, ישועבדו לטובת המבקש, בין היתר, זכויות החכירה של החייב בדירות (ר' נספח 1 להמרצת הפתיחה).
4. ביום 28.5.15, נרשמו לטובת המבקש שני משכונות אצל רשם המשכונות (ר' נספח 2 להמרצת הפתיחה. המשכון הראשון, מספרו 2015112600, תואר כדירה מס' 5 ברחוב הרב הרצוג 2, גוש 5837 חלקה 56 תת חלקה 5, שמהותו "נכס שהוא זכות לגבי מקרקעין שאינה רשומה בפנקסי מרשם המקרקעין כמשמעותם בסעיף 123 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1968. תיאור הנכס: כל זכויות החייב בנכס בין בהווה ובין שיתקבלו בעתיד". המשכון השני, מספרו 2015112996, מתייחס לדירה שברחוב הרב הרצוג 2/4 רמלה, גוש 5837 חלקה 56 תת חלקה 4, המתוארת כ- "נכס שהוא זכות לגבי מקרקעין שאינה רשומה בפנקסי מרשם המקרקעין כמשמעותם בסעיף 123 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1968. תיאור הנכס: כל זכויות החייב בנכס בין בהווה ובין שיתקבלו בעתיד". ביום 8.11.15, נרשמה הערת אזהרה לטובת החייב על זכויותיה של המוכרת בפנקס המקרקעין (ר' נספח א' לכתב התשובה).
5. ביום 24.12.15, חתם החייב על שטר משכון זכויות לטובת הבנק, לשם הבטחת חובותיו וחובות חברת רוומר 1997 בע"מ כלפיו (ר' נספח ב' לכתב התשובה). במסגרת הנספח לשטר זה, שועבדו זכויות החייב בדירות, בזו הלשון: "...משעבדים בזה הממשכנים לטובת בנק ... את כל הזכויות מאיזה מין וסוג שהוא ... על פי הסכם מיום 12.12.12 בינם לבין שיפר לונה ת.ז. 052280971 (להלן – "הבעלים הרשומים") בקשר למקרקעין הידועים כגוש 5837 חלקה: 59 חלקה: 60 הנמצאים ברחוב נתן אלבז רמלה המהווים דירות מס' 4 ו- 5 בנות 2 חדרים כל אחת וכל הצמוד אליהן...".ביום 11.1.16, רשם הבנק הערת אזהרה על זכויות החייב בפנקס המקרקעין (ר' נספח א' לכתב התשובה). ביום 6.4.16, נרשם משכון לטובת הבנק אצל רשם המשכונות (ר' נספח ג' לכתב התשובה). משכון זה תואר כמקרקעין ברחוב אלבז נתן ברמלה, "בגוש 5837 חלקה 59,60", "לפי הסכם / חוזה מיום 12/12/2012 בין החייבים לבין: שיפר אלונה ת.ז 052280971", "נכס שהוא זכות לגבי מקרקעין שאינה רשומה בפנקסי מרשם המקרקעין כמשמעותם בסעיף 123 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. תיאור הנכס: כל זכויות הממשכנים בקשר למקרקעין המהווים דירות מס' 4 ו- 5 בנות 2 חדרים כל אחת וכל הצמוד אליהן. משכון על כל זכויות החייב/בעל הנכס הנובעות מביטוח הנכסים הממושכנים, כולל זכויות לפי חוק מס רכוש וקרן פיצויים תשכ"א 1961, כפי שיהיה בתוקף בכל עת ולפי כל דין אחר".
6. ביום 25.7.16, רשם המבקש הערת אזהרה לטובתו אצל רשם המקרקעין.
7. ביום 25.12.16, קיבל המבקש עותק מבקשה שהגיש הבנק לראש ההוצל"פ, בה ביקש למנותו ככונס נכסים על הדירות לשם מימושן (ר' נספח 6 להמרצת הפתיחה). ביום 23.4.17, קבע ראש ההוצל"פ כי אין בסמכותו להכריע בסדר קדימות הנושים ומכיוון שחובו של החייב לבנק גדול יותר – הוא ממנה את ב"כ הבנק ככונס נכסים על הדירות (ר' נספח ה' לכתב התשובה). **תמצית טענות הצדדים**המבקש
8. המבקש טוען, כי הוא בעל המשכון הקודם בזמן ולכן יש להעדיפו על פני המשכון של הבנק. המבקש גורס כי במועד שבו נערך כתב ההתחייבות שבגינו נרשם המשכון, לא היה ניתן לרשום את זכויות החייב בפנקס המקרקעין, מאחר שטרם נרשמה הערת אזהרה לטובתו. נטען כי המבקש המתין לקבלת הודעה מהחייב בדבר רישום הזכויות בפנקס המקרקעין, אולם זו לא התקבלה ואך ביום 24.7.16, עיין בנסח הרישום של הדירות וגילה כי הערת אזהרה נרשמה לטובת החייב כבר ביום 4.11.15 וכן כי נרשמה הערת אזהרה לטובת הבנק. או אז, מיהר לרשום הערת אזהרה לטובתו בפנקס המקרקעין. המבקש סבור כי מאחר שהזכויות במקרקעין טרם נרשמו, קיימות לצדדים זכויות חוזיות (אובליגטוריות) בלבד כלפי החייב. לשיטת המבקש, מדובר בעסקאות נוגדות במשכון, שעליהן חל סעיף 4(3) לחוק המשכון, התשכ"ז-1977 (להלן: "חוק המשכון"). בהינתן כי הוא פעל לרשום משכון כדין עובר למשכון שנרשם לטובת הבנק – יש להעדיף את המשכון שנרשם לזכותו על פני זה של הבנק. המבקש הוסיף, שאף אם ייקבע שיש להחיל בעניינו את הוראות חוק המקרקעין, התשכ"ט-1999 (להלן: "חוק המקרקעין"), זכותו גוברת על פני זו של הבנק.
9. לשיטת המבקש, הבנק הוא שגרם ל"תאונה המשפטית" שהתרחשה, לנוכח היותו נושה מקצועי, המודע למגבלות הרישום ולכן היה ביכולתו לדעת כי הזכויות של החייב מושכנו לטובתו. המבקש סבור כי אין בניסוחו, או בפרטיו של המשכון שנרשם לטובתו ובהיעדר הערת אזהרה לטובתו, כדי לגרוע מיכולתו של הבנק לדעת על זכויותיו. הוטעם, בהקשר זה, כי על אף השוני שבין מספרי החלקות שנרשמו בפנקס המקרקעין לבין אלו שצוינו במשכון של המבקש, הבנק ידע על קיומו של ההסכם שבו רכש החייב את הדירות ובו צוינו פרטי הדירות באופן דומה לאלו שצוינו במשכון שנרשם לטובתו. המבקש סבור כי בהיות הבנק נושה מקצועי, בעל כלים ומערכות לביצוע בירורים משפטיים, היה ביכולתו לברר את הפרטים העדכניים של הדירות. לכן, כך נטען, המשכון שרשם הבנק התייחס לכתובת ולמספרי החלקות המעודכנות, אולם בהינתן שידע על הסכם המכר ואף ציין את קיומו בשטר המשכון, נהיר כי ידע שמדובר באותן דירות שבגינן נוצר המשכון של המבקש.עוד הוטעם, בהקשר זה, כי אין קשר סיבתי בין האיחור שברישום הערת האזהרה מצד המבקש, לבין הסתמכותו של הבנק על הרישום בפנקס המקרקעין, שכן הבנק בעצמו רשם משכון ברשם המשכונות ומכאן שיכל לדעת על קיומו של משכון קודם. המבקש שב וטען, לא היה בידו לרשום הערת אזהרה במועד מוקדם מכפי שנרשמה בפועל, שכן החייב לא עדכן אותו על רישום הערת האזהרה לטובתו ולכן לא היה ביכולתו לדעת על כך. עוד הדגיש המבקש, כי ככל שלא תתקבלנה טענותיו, יפרע הבנק את חובו, בסכום של 2,324,000 ₪, באופן שלא יוותר לו ממה להיפרע בעוד שאם חובו ייפרע לראשונה, הבנק יוותר עם מקור לפרעון יחסי של חובו. הבנק
10. הבנק טוען, כי מחדליו של המבקש הם אלו שגרמו ל"תאונה המשפטית" שבעטיה הוגשה התובענה ובכך הוא הפר את חובת תום הלב המוטלת עליו. הבנק הדגיש, כי המבקש השתהה ברישום זכויותיו, הן בכך שהמשכון לטובתו נרשם בחלוף מעל שלושה חודשים ממועד ההתחייבות, הן בכך שפרטי המשכון התייחסו לכתובת ולמספרי גוש וחלקה שאינם תואמים לפרטי הדירות והן בכך שהערת אזהרה לטובתו נרשמה בחלוף כשנה וחודשיים ממועד ההתחייבות ובחלוף כשמונה חודשים מהמועד שבו היה ניתן לרשמה בפנקס המקרקעין. הבנק סבור שהמבקש לא הניח הסבר לגיטימי ביחס לשיהוי שברישום הערת האזהרה לטובתו ומכאן, שלא ניתן לקבוע שפעל בתום לב ועשה כל שביכולתו כדי לרשום הערת אזהרה. הודגש בהקשר זה, כי הזכויות בדירות נרשמו על שם הגב' שיפר עוד בשנת 2014 ולכן כבר אז היה בידי המבקש לפעול לרישום הערת אזהרה ולכל הפחות בסמוך ליום 8.11.15 – הוא המועד שבו נרשמה הערת האזהרה לטובת החייב. עוד נטען, כי ככל שהמבקש השתהה ברישום זכויותיו מהטעם שניתנה לו בטוחה אחרת, הם השיקים שנמסרו לידו מאת החייב (ר' פרו' עמ' 8 שו' 14), ניכר כי הוא בחר ליטול על עצמו את הסיכון של אובדן העדיפות, כנגד קבלת הבטוחה האחרת. הבנק הוסיף וטען, כי עובר למתן ההלוואה, בדק את מצב הזכויות בדירות בפנקס המקרקעין ובהינתן שזכויות המבקש לא היו רשומות בו באותו מועד - יצא ידי חובת תום הלב המוטלת עליו. הובהר, כי גם אם היה מעיין ברשם המשכונות ובהסכם המכר עובר למתן ההלוואה, לא היה בידי הבנק להבין שמדובר באותן הדירות, לנוכח נתוני הגוש, החלקה והכתובת, השונים מנתוני הדירות במועד כפי שהיו במועד מתן ההלוואה. הבנק סבור כי נוכח שמדובר בעסקאות סותרות במקרקעין, יש להחיל על המחלוקת את הוראות חוק המקרקעין וכן את הוראות הדין, הקובעות כי על בעל הזכות הראשונה להפעיל את זכותו ביושר ובהגינות, שלא כפי שנהג המבקש. הבנק הפנה לדברי המבקש בחקירתו והדגיש, כי יש להחיל כלפיו אמות מידה מחמירות בהיותו עורך דין ששימש כפרקליטו של החייב "בנושאים כלליים ובחוזי בניה" (ר' פרו' עמ' 2 שו' 24-29) וכן כי מחקירתו עלה שהוא ייצג את החייב במסגרת העסקה שבה רכש את הדירות והכין את הדיווחים לרשויות המס בגינה. הבנק סבור כי אין לקבל את עמדת המבקש לפיה הוא "לא מבין" בנושאים הללו, בהיותו עוסק בעיקר בתחום המיסוי מקרקעין ובהיותו מעניק הלוואות במסגרת עסקאות יזמות במקרקעין. הבנק הוסיף וטען, כי קיים ספק משמעותי ביחס לכשרותן ולאמינותן של ההלוואות מושא המשכון שנרשם לטובת המבקש. הודגש בהקשר זה, כי הטענה למתן הלוואה שאינה נושאת ריבית בין חברים, אינה מתיישבת עם עמדתו של המבקש לפיה הוא נוהג להעניק הלוואות עסקיות במסגרת יזמות בניה. כן נטען, שעמדת המבקש אינה מתיישבת עם העובדה שמדובר בשורה של הלוואות אשר הראשונה מביניהן, בסכום של 200,000 ₪, ניתנה עוד בשנת 2012, ולאחר מכן הלוואה נוספת ניתנה בשנת 2013 וכן הלוואה נוספת בשנת 2014. כל זאת, מבלי שנערך הסכם בכתב מבעוד מועד, אלא בדיעבד. הבנק טוען כי המבקש לא הוכיח את מתן ההלוואות ולמעט הסכם ההלוואה שנערך בדיעבד, אין בנמצא כל ראייה אובייקטיבית שתתמוך בטענתו. הבנק הדגיש אף כי יש לזקוף לחובת המבקש את העובדה שלא הזמין את החייב להעיד על נכונות טענותיו בהקשר זה. שני הצדדים תמכו טענותיהם באסמכתאות. **דיון והכרעה**
11. מטעם המבקש העיד הוא עצמו. מטעם הבנק העיד נציגו, מר גיא גולן – מנהל סניף הבנק שהתקשר עם החייב בשטר המשכון (להלן: "נציג הבנק").
12. לאחר שעיינתי בטענות הצדדים, בראיותיהם ובפרוטוקול הדיון ולאחר שהתחשבתי במכלול הנסיבות הצריכות לעניין - הגעתי לכלל מסקנה כי יש לקבל את התובענה בחלקה. שוכנעתי כי זכויות המבקש, בהיותו בעל העסקה הראשונה בזמן, קודמות לאלו של הבנק ועדיפות עליהן ולכן על תמורת מכר הדירות לשמש תחילה לפרעון החוב מושא המשכון שנרשם לטובת המבקש. היתרה תשמש לפרעון החוב מושא המשכון והערת האזהרה של הבנק. בד בבד, שוכנעתי כי אין להתערב בהחלטת כב' רשם ההוצאה לפועל בדבר זהות הכונס שיפעל למימוש הדירות. להלן אבאר את הנימוקים שביסוד מסקנתי זו. האדנים המשפטיים
13. הדעות נחלקות בשאלה האם הערת אזהרה היא זכות במקרקעין. דומה כי הנטייה בהלכה הפסוקה היא לא להתייחס להערת אזהרה כאל זכות במקרקעין שכן עיקרה הוא במחסום שהיא יוצרת בפני רישום עסקאות סותרות במקרקעין, בבחינת 'זכות שלילית'. בד בבד, נקבע כי מימד הפומביות של הערת האזהרה, הופך את זכותו המעין-קניינית של בעל העסקה לזכות הנחשפת לעיני הציבור ומשמשת גורם ובסיס להסתמכות צדדים שלישיים. בכך, מקבל רישום הערת האזהרה מימד "חיובי", הנושא אופי של הצהרה על קיום זכות. מהותה ותוכנה של הערת האזהרה והאינטרס, או העסקה שעליה היא באה להגן, הם פועל יוצא של הזכות שהקנה בעל הזכות במקרקעין לזכאי (ר' (להלן: "הלכת גנז").[ע"א 2643/97 **גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ** (5.2.03)](http://www.nevo.co.il/case/5847950)
14. משכנתה, ככלל, היא משכון של מקרקעין ולכן היא מהווה עסקה במקרקעין (ר' הוראת סעיף 6 לחוק המקרקעין; ע"א 261/88 (26.4.94)). הוראות חוק המשכון חלות על משכנתה ואולם אין למשכן מקרקעין, אלא בדרך של משכנתה (ר' הוראת סע' 4 ו- 91 לחוק המקרקעין). בהינתן כי משכנתה היא עסקה במקרקעין, היא טעונה רישום. לפיכך, כל עוד לא נרשמה המשכנתה, מדובר בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין, מסוג משכנתה (ר' (ר' הוראת סעיף 7 לחוק המקרקעין; הלכת גנז; ; רע"א 8792/00&rlm; שטיינמץ נ' בנק "משכן", בנק הפועלים למשכנתאות (25.7.02); (19.5.03)). **בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי**[ע"א 196/87 **שוייגר נ' לוי** (27.4.92)](http://www.nevo.co.il/case/17937320)[ע"א 357/00 **יהושע נ' בוכהולט**](http://www.nevo.co.il/case/5694760)
15. על התחייבויות סותרות במקרקעין חלה הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, הקובעת כהאי לישנא:**"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".**(ר' גם: מ' דויטש, , כרך ג', 2006, (468-467)). **קניין**ביחס לדרישת תום הלב הקבועה בהוראת סעיף 9 הנ"ל, נקבע כי זכותם של שני בעלי העסקאות, הן בעל העסקה הראשונה בזמן והן של בעל העסקה המאוחרת, כפופה לעקרון תום הלב. אשר לבעל העסקה הראשונה, נקבע כי חובת תום הלב מחייבת אותו לעשות ככל יכולתו לרישום הערת אזהרה. ככל שנמנע מלעשות כן, חרף העובדה שהיה בידו לפעול לרישום הערת האזהרה, יש בכך משום הפרת חובת תום הלב (ר' הלכת גנז, סע' 21 ו -26; ע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי (4.7.01)). עוד נקבע, בהקשר זה, כי הלכת גנז איננה מתמצה בשאלת רישומה או אי-רישומה של הערת אזהרה ואפשר שתכלול גם התנהגויות אחרות של בעל העסקה הראשונה בזמן, העלולות להיחשב כסטייה מחובת תום הלב המוטלת עליו (ר' ע"א 580/10 ניר שיתופי - אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים נ' עיריית הוד השרון (25.7.13), כהפניית המבקש ולהלן: "עניין שיתופי")).
16. יחד עם זאת, לא בכל מקרה אי רישומה של הערת אזהרה יתגבש לכדי פגיעה בעיקרון תום הלב. זאת, כאשר ישנם שיקולים כבדי משקל של מדיניות משפטית המצדיקים את אי רישומה של הערת אזהרה, או כאשר לא ניתן היה לרשום הערת אזהרה, או כאשר בעל העסקה הראשונה נטל על עצמו התחייבות שלא לרשום הערת אזהרה עד שתבוצענה פעולות מסוימות (כגון תשלום מרבית התמורה). על בית המשפט לבחון כל מקרה לגופו בהתאם לנסיבותיו (ר' הלכת גנז, סע' 19-22, 26; ע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי (4.7.01)).כמו כן, לא בכל מקרה בו הפר בעל העסקה הראשונה את חובת תום הלב, תיסוג זכותו מפני בעל העסקה השנייה. זאת, כגון במקרה שבו אין קשר סיבתי בין מחדלו של בעל העסקה הראשונה לבין חוסר הידיעה של בעל העסקה השנייה (ר' עניין שיתופי). בנוסף, במקרה שבו בעל העסקה השנייה כלל לא בדק את מרשם המקרקעין בטרם כרת את העסקה הנוגדת – לא יוכל לטעון לעדיפות זכויותיו מכוח הפרת חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה (ר' הלכת גנז, פס' 22; ע"א 189/95 (16.8.99) (להלן: ""), עמ' 279, 288-289). אשר לבעל העסקה המאוחרת, על מנת לקבוע שנהג בחוסר תום לב, אין הכרח להראות ידיעה של ממש מצדו ודי בכניסתו לעסקה במצב של "עצימת עיניים", קרי, "במצב שבו היה מתעורר חשדו של אדם סביר כי לצד מוקדם קיימת זכות ביחס לנכס" (ר' ע"א 7643/03 אבו זיאד נ' עלי בשיר (28.10.08)). אין לראות היעדר תום-לב מצד בעל העסקה השנייה, כלפי בעל העסקה הראשונה, בכך שנמנע מלרשום הערת אזהרה, שכן הדבר אינו פוגע בבעל העסקה הראשונה, אלא רק בבעל עסקה שלישית, אם תהיה (ר' הלכת גנז, סעיף 22). **בנק אוצר החיילבע"מ נ' אהרונובעניין אהרונוב**
17. ככלל, על מנת שתשתכלל זכותו של בעל העסקה השניה ותגבר על זו של בעל העסקה הראשונה, עליו להראות כי העסקה לטובתו נרשמה בעודו תם לב (ר' הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין). ברם, על אף הוראה זו, במקרים מסוימים יזכה בעל הזכות השנייה בעדיפות על פני בעל העסקה הראשונה, גם אם הזכות טרם נרשמה על שמו ובלבד שנהג בתום לב. זאת, כגון במקרה שבו מדובר בתחרות בין זכויות מעין קנייניות, או במקרה שבו לא היה ניתן לרשום את זכותו של בעל העסקה השניה (ר' הלכת גנז, סע' 2-3 לפסק דינה של כב' השו' א' פרוקצ'ה). בהתאמת הדברים למקרה הנדון;
18. מסקנתי היא שהתחייבות החייב כלפי המבקש קודמת ועדיפה. התרשמתי, מחד גיסא, כי המבקש הפר במידה מסוימת את חובת תום הלב המוטלת עליו בהיותו בעל העסקה הראשונה. מאידך גיסא, התרשמתי כי גם הבנק, מצדו, הפר את חובת תום הלב המוטלת עליו ונמנע מעריכת הבדיקות המשפטיות הנדרשות, בהתאם למאפייני המקרקעין מושא התובענה. בנוסף, לא איתרתי קשר סיבתי בין הפרת חובת תום הלב מצד המבקש, לבין החלטת הבנק להתקשר בעסקה עם החייב וגם מטעם זה, זכותו של בעל העסקה הראשונה –המבקש, קודמת לזכותו של הבנק. בתחילת הדיון, אבחן את מעמדן הנורמטיבי של זכויות הצדדים ביחס לעסקאות שביסוד התובענה. לאחר מכן, אבחן את חובת תום הלב של הצדדים ואת הקשר הסיבתי בין האופן שבו מומשה חובתם זו, לבין ההתנגשות שבין זכויות המבקש לזכויות הבנק. בתום אלו, אדון בסוגיית זהותו של כונס הנכסים. מעמדן הנורמטיבי של זכויות הצדדים
19. בחינת טענות הצדדים וראיותיהם מובילה למסקנה כי המחלוקת שביסוד הדיון עוסקת בהתחייבויות סותרות לעשות עסקת משכנתה במקרקעין ולכן יש להחיל עליה את הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין ואת המבחנים לתחולתה, כפי שנסקרו לעיל. ההסכם בין החייב לבין הגב' שיפר, במסגרתו התחייב לרכוש את זכויותיה בדירות, נערך ביום 12.12.12. באותה העת, זכויותיה של הגב' שיפר לא היו רשומות בפנקס המקרקעין, כי אם בחברת עמידר בלבד. כל עוד לא נרשמו הזכויות של הגב' שיפר בפנקס המקרקעין וכל עוד לא נרשמו זכויות החייב כמי שרכש את זכויותיה, זכויותיו של החייב במקרקעין הן זכויות חוזיות–אובליגטוריות מעין קנייניות, בבחינת "זכויות שביושר" (ר' עניין אהרונוב). החייב התחייב לשעבד את זכויותיו למבקש במסגרת כתב ההתחייבות שנערך ביניהם ביום 5.2.15. באותו מועד, זכויות החייב טרם נרשמו בלשכת רישום המקרקעין ואף לא הייתה רשומה לטובתו הערת אזהרה. לאחר מכן, ביום 24.12.15 (לאחר שכבר נרשמה הערת אזהרה לטובת החייב), חזר החייב והתחייב לשעבד את זכויותיו במקרקעין לטובת הבנק, בכך שחתם על שטר משכון לטובתו.
20. כנזכר, שעבוד מקרקעין מהווה, למעשה, משכנתה, שכעסקה במקרקעין היא טעונה רישום. כל עוד לא נרשמה המשכנתה, מדובר בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין מסוג משכנתה. יוצא, אם כן, כי החייב התחייב לעשות עסקת משכנתה עם המבקש ובטרם נרשמה עסקה זו בפנקס המקרקעין, חזר והתחייב לעשות עסקת משכנתה עם הבנק. מדובר, אפוא, בהתחייבויות סותרות במקרקעין שעליהן חלה הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. בנסיבות כגון דא, על מנת להכריע בשאלה אילו מהעסקאות קודמת לרעותה, יש לבחון, למעשה, האם המבקש – בהיותו בעל העסקה הראשונה, הפר את חובת תום הלב החלה עליו; לאחר מכן, יש לבחון האם בעל העסקה השניה פעל בתום לב והעסקה נרשמה לטובתו בעודו תם לב. ככל שהתשובה לכך תימצא כחיובית, יוותר לבחון האם ישנו קשר סיבתי בין הפרת חובת תום הלב מצד בעל העסקה הראשונה, לבין העסקה שניה. בחינת תום הלב של המבקש כבעל העסקה הראשונה
21. בחינת התנהלות המבקש במסגרת כתב ההתחייבות שנערך בינו לבין החייב ובעקבות התקשרות זו, מובילה למסקנה כי הוא הפר את חובת תום הלב החלה עליו בהיותו בעל העסקה הראשונה. הפרה זו נעוצה בכך שבמועד שבו התקשר עם החייב בנוגע לשעבוד זכויותיו בדירות, הן כבר היו רשומות בפנקס המקרקעין תחת מספרי חלקות שונים מאלו שצוינו במשכונות שנרשמו לטובת המבקש. המבקש אף לא נקט בפעולות יזומות על מנת לברר את מצב הדירות במועד שקדם לכתב ההתחייבות וכן בפרק הזמן שלאחר מכן ולכן, לא פעל כמיטב יכולתו על מנת ליתן תוקף פומבי לזכותו. עיון בהסכם המכר שמכוחו רכש החייב את זכויותיו בדירות, מלמד כי באותה עת (12.12.12), זכויותיה של הגב' שיפר, ממנה רכש את זכויותיו, לא היו רשומות בפנקס המקרקעין, כי אם בחברת עמידר. זכויותיה של הגב' שיפר בדירות נרשמו בפנקס המקרקעין ביום 17.6.14 (ביחס לדירה האחת) וביום 23.6.14 (ביחס לדירה השנייה), כמבואר בנספח א' לכתב תשובת הבנק. כאשר נרשמו הדירות במרשם המקרקעין, הן נרשמו על שם הגב' שיפר כחלקות 59 ו- 60. כתב ההתחייבות שמכוחו נוצרה עסקת השעבוד שבין החייב למבקש, נערך ביום 5.2.15, לאחר שזכויותיה של הגב' שיפר נרשמו זה מכבר בפנקס המקרקעין כחלקות 59 ו- 60. ברם, בכתב ההתחייבות צוינו פרטי הדירות כפי שאלו צוינו בהסכם המכר ולא כפי שנרשמו בפועל בפנקס המקרקעין. גם המשכונות שנרשמו, כשלושה חודשים לאחר עריכת כתב ההתחייבות, תוארו כ- "דירה מס' 5 ברחוב הרב הרצוג 2, גוש 5837 חלקה 56 תת חלקה 5" ו- "דירה שברחוב הרב הרצוג 2/4 רמלה, גוש 5837 חלקה 56 תת חלקה 4".
22. לא מצאתי הסבר מניח דעת בגרסת המבקש, לעובדה שפרטי הדירות שצוינו בפנקס המשכונות נרשמו עם נתונים שונים מאלו שנרשמו בפנקס המקרקעין, שעה שבמועד עריכת כתב ההתחייבות זכויותיה של הגב' שיפר נרשמו בפנקס המקרקעין כחלקות 59 ו- 60. ככל שהיה המבקש פועל אחרת, היה ביכולתו להווכח במספרי החלקות המעודכנים. מקובלת עליי עמדת המבקש, לפיה במועד יצירת המשכון לטובת החייב, לא היה ניתן לרשום הערת אזהרה בפנקס המקרקעין, מאחר שזכויות החייב עצמו לא היו רשומות שם ומכאן, שרישום המשכון בנסיבות אלו הוא צעד מתבקש. עם זאת, המבקש לא הניח הסבר ראוי לשאלה מדוע לא פעל הן לרישום זכויות החייב והן לרישום זכויותיו שלו, בהינתן כי באותו מועד זכויותיה של המוכרת היו רשומות בפנקס המקרקעין. המבקש אף לא הראה כי פנה לחייב בנושא זה, או כי ניסה לברר את מצב הדירות, הן בפרק הזמן שקדם לכתב ההתחייבות והן בפרק הזמן שלאחר מכן. המבקש אף לא טען כי נעשה כך. מקובלת עליי עמדת הבנק לפיה המבקש אף לא פעל כמצופה ממנו גם לאחר שנרשמה הערת אזהרה לטובת החייב. זו נרשמה בפנקס המקרקעין ביום 8.11.15 – כחצי שנה מהמועד שבו נערך כתב ההתחייבות בין המבקש לבין החייב. ברם, גם בסמוך למועד זה לא פעל המבקש לרישום זכויותיו בדרך של הערת אזהרה, אלא רק ביום25.7.16 – בחלוף כשמונה חודשים מהיום שנרשמה הערת אזהרה לטובת החייב. אין בידי לקבל את טענת המבקש לפיה לא פעל לרישום הערת האזהרה בסמוך למועד שבו נרשמה הערת אזהרה לטובת החייב, מהטעם שהחייב לא עדכן אותו על כך (ר' פרו' עמ' 9 שו' 25-30). סבורני כי ביכולתו של המבקש לנהל מעקב עצמאי ביחס למצב הדירות. יש לזכור, כי המבקש הוא עורך דין במקצועו, שייצג את החייב במסגרת ההסכם לרכישת הדירות מאת הגב' שיפר ונתון כי במועד עריכתו הדירות לא היו רשומות בפנקס המקרקעין לא היה זר לו (ר' סעיף 5.5 להסכם המכר, נספח 3 להמרצת הפתיחה). לכן, היה עליו לבדוק את מצבן הרישומי של הדירות, או את התקדמות רכישת הזכויות על ידי החייב, במועד עריכת כתב ההתחייבות ולמצער, במועד רישום המשכונות. במיוחד כך, לנוכח העובדה שחלפו מעל שנתיים ממועד הסכם המכר שמכוחו שעבד החייב את זכויותיו לטובת המבקש. לכל הפחות, היה על המבקש לפנות לחייב מפעם לפעם מיוזמתו שלו ולדרוש בדבר מצב הדירות. המבקש ציין, אמנם, כי בין החייב לבין הגב' שיפר התנהל הליך אזרחי בנוגע להסכם ולאכיפתו וכי הוא "יצא מהתמונה". אולם, הליך זה הסתיים ביום 27.4.15 – זמן קצר ביותר לפני עריכת כתב ההתחייבות, במסגרת הסכם פשרה שנערך בין החייב לבין הגב' שיפר (ר' הודעת הצדדים בת"א 43461-06-13, מיום 27.4.15). לפיכך, לא מצאתי בקיומו של הליך זה משום הצדק למניעת בדיקת פרטי הדירות במועד עריכת כתב ההתחייבות, או בפרק הזמן שלאחר מכן. מי מהצדדים לא הזמין את הגב' שיפר, או את החייב למתן עדות מלפניי ונותרה עמימות ביחס לפרטים שנמסרו למבקש במועד עריכת כתב המשכון.
23. עם זאת, סבורני כי לא ניתן להתעלם מהוראות כתב ההתחייבות הקובעות כי המבקש יוכל לרשום הערת אזהרה לטובתו רק בתום רכישת זכויות החכירה על ידי החייב (ר' סעיף 4.ג. לכתב ההתחייבות). מי מהצדדים לא הראה מתי הסתיימה הרכישה על ידי החייב, ככל שהסתיימה. כפי שציינתי, לא מן הנמנע שאי רישום הערת אזהרה בנסיבות מסוימות, כגון במקרה שבו בעל העסקה הראשונה נטל על עצמו התחייבות שלא לרשום הערת אזהרה עד שתבוצענה פעולות מסוימות, לא יחשב כחוסר תום לב (ר' הלכת גנז, סע' 19-22, 26; ע"א 1516/99 הנ"ל. לנוכח העמימות ביחס למועד השלמת רכישת הזכויות על ידי המבקש וההוראה הקובעת כי הערת אזהרה תירשם לאחר השלמת רכישת הזכויות על ידי החייב - סבורני כי עצמת ההפרה מצד המבקש אינה כה גבוהה על מנת שתטה את הכף לעבר העדפת גרסת הבנק. בחינת תום הלב מצד הבנק - בעל העסקה השנייה
24. עיון בנסיבות שהובילו להתקשרות הבנק עם החייב וכן בעדות נציגו, מוביל למסקנה כי הבנק לא עמד בחובת תום הלב המוטלת עליו, בהיותו בעל העסקה השנייה. התרשמתי כי הבנק התנהל מתוך מידה בלתי מבוטלת של עצימת עיניים, בכך שנמנע מלערוך את הבדיקות הנדרשות עובר להתקשרותו עם החייב. לא קיבלתי את עמדת הבנק ואת הסבריו ביחס להתנהלותו זו ומצאתי כי קיים קושי ממשי לייחס משקל ראייתי משמעותי לעדות כפי שנשמעה מטעם נציגו.
25. ביום 25.12.15 התקשר הבנק עם החייב בשטר המשכון, שבמסגרתו שועבדו זכויותיו בדירות. במועד זה, הדירות היו רשומות בפנקס המקרקעין על שם הגב' שיפר ועל זכויותיה הייתה רשומה הערת אזהרה לטובת החייב, מכוח הסכם המכר. ברם, הערת האזהרה לטובת החייב בגין זכויותיו האובליגטוריות בדירות, נרשמה אך ביום 8.11.15 – כשנה ומחצה מהמועד שבו נרשמו הזכויות על שם הגב' שיפר וכשלוש שנים מהמועד שבו התקשר החייב עם הגב' שיפר בהסכם המכר. מדובר בפרק זמן משמעותי של כשלוש שנים ולמצער, של שנה ומחצה בין המועד שבו נוצרה זכותו של החייב, מכוח הסכם המכר, לבין המועד שבו נרשמה לטובתו הערת האזהרה. במהלך תקופה משמעותית זו, יכל החייב לבצע עסקאות אחרות בזכויותיו האובליגטוריות, הנובעות מהסכם המכר, מבלי שאלו תרשמנה בפנקס המקרקעין. סבורני כי די במצב דברים שכזה כדי לעורר חשד ביחס לשאלה אם התקשר החייב בעסקה אחרת בפרק הזמן שקדם לרישום הערת האזהרה לטובתו. בנסיבות בהן זכויות החייב לא נרשמו בפנקס המקרקעין במשך תקופה משמעותית, היה על הבנק לחשוד שמא התבצעו עסקאות בתקופה שקדמה לרישום הערת האזהרה לטובת החייב ולערוך בדיקה מעמיקה ונרחבת מזו הכוללת עיון בפנקס המקרקעין בלבד. ככל שאכן התרחשה עסקה, או דיספוזיציה כלשהי בתקופה שקדמה לרישום הערת האזהרה לטובת החייב, לא מן הנמנע כי האינדיקציה לקיומה לא תימצא בפנקס המקרקעין - הן מהטעם שהיא קדמה לרישום הערת האזהרה לטובת החייב והן לאור פרק הזמן הקצר שחלף מהמועד שבו נרשמה הערת האזהרה לטובת החייב, עד למועד התקשרותו עם הבנק (פחות מחודשיים ימים).
26. לאורם של נתונים אלו, סבורני כי היה באפשרות הבנק לגלות בנקל את קיומם של המשכונות שנרשמו לטובת המבקש בחודש מאי 2015, שדבר קיומם מעורר קושי מידי וממשי, שמשקלו גדול מחשד, אשר לקיומן של עסקאות קודמות בזמן לזו של הבנק. במיוחד כך, לנוכח היות הבנק נושה מקצועי, שעליו מוטלות חובות מוגברות של בירור, התחקות, שמירה ומימוש נכסי חייבים ובידו הכלים והמיומנות הנדרשים לשם כך (ר' למשל: ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש (7.12.09); ע"א 790/97 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' אברהם (13.12.04)). גם בעובדה שהבנק מצא לנכון לרשום משכון, בנוסף להערת האזהרה שרשם, יש כדי להוות תימוכין במסקנתי זו.
27. לא מצאתי בגרסת הבנק ובעדות נציגו הסבר מניח דעת ביחס להתנהלותו. התרשמתי כי לא ניתן לבסס ממצאים מהימנים לזכותו של הבנק על סמך עדותו של נציגו ורק מטעם זה, ניתן להעדיף את גרסת המבקש על פני מאזן ההסתברויות האזרחי. עדותו של נציג הבנק בחקירתו הנגדית לוותה בקשיי ידע וזכרון ובתשובות בלתי מספקות, שאינן מגבשות מענה הולם להתנהלות הבנק. בחלק מתשובותיו, צידד נציג הבנק בעמדת המבקש. נציג הבנק הבהיר כי לא נטל כל חלק בהתקשרות שבין הבנק לחייב ובכלל זה, לא היה מעורב ברישום הערת האזהרה, בהליכים, או בשיקולים שקדמו לה (ר' פרו' עמ' 10 שו' 26-35) וכן כי ידיעותיו ביחס לנסיבות התובענה מבוססות על עיון במסמכים בלבד (ר' פרו' עמ' 11 שו' 5-6; שו' 22-35). ב"כ המבקש הציג לנציג הבנק העתק מעיון ברשם המשכונות, שבו מוצגים המשכונות שנרשמו לטובת המבקש ושאל אם בבדיקה שנעשית על ידי הבנק ניתן לראות את המשכונות כפי שהוצגו לו. נציג הבנק השיב כי אינו יודע לענות על כך (שם, שו' 9). אף כשנשאל האם יתכן שמי מטעם הבנק עיין ברשם המשכונות והתעלם מהפרטים שבו, השיב מר גולן כי הוא אינו יודע לענות על כך (שם, שו' 22). נציג הבנק לא ידע להסביר מדוע הבנק פעל לרישום משכון לטובתו ברשם המשכונות, על אף שבאותו מועד כבר הייתה רשומה הערת אזהרה לטובתו (ר' פרו' עמ' 15 שו' 14, 25). בנסיבות אלו, דחיתי את טענת הבנק לפיה נציגו משמש כמנהל הנוכחי של סניף הבנק, וכי היעדר מעורבותו בהתקשרות עם החייב אינה גורעת מהמשקל שיש לייחס לעדותו לעניין נוהל מתן ההלוואות הנהוג בבנק והמסמכים שהציג. כך גם נדחית הטענה לפיה אין לזקוף לחובת הבנק את העובדה שנציגו לא ידע פרטים על ההלוואה הספציפית מושא התובענה, מאחר שאין המדובר בהלוואה שנסיבותיה חרגו מהנוהל הקבוע.
28. התרשמותי מגרסת נציג הבנק בעדותו, מחזקת את המסקנה כי הבנק לא עמד בחובת תום הלב המוטלת עליו. יש לייחס לבנק מידה בלתי מבוטלת של עצימת עיניים, משלא עיין ברשם המשכונות וככל שאכן עיין - נמנע מלהתייחס כדבעי למשכונות שהיו רשומים לטובת המבקש, המלמדים על קיומה של עסקה קודמת בזמן.
29. אינני מקבל את הטענה כי פרטי המשכונות שנרשמו לטובת המבקש שונים מפרטי הדירות כפי שנרשמו בפנקס המקרקעין. בהקשר זה, ציין נציג הבנק בעדותו כי הבנק נוהג, ככלל, לבחון גם את הרישום ברשם המשכונות עובר להתקשרותו בעסקאות מסוג זה (עמ' 13 שו' 34 – עמ' 14 שו' 1); כי פרטי המשכונות הרשומים לטובת המבקש זהים לאלו שנמסרו לבנק עובר להתקשרותו עם החייב (ר' פרו' עמ' 13 שו' 24-29); כי הבנק הסתמך על ההסכם שנערך בין החייב לבין הגב' שיפר ביום 12.12.12 וכי המחלקה המשפטית בחנה את ההסכם ואת מצב הזכויות בו, בסמוך לשטר המשכון שנחתם עם החייב (ר' פרו' עמ' 12 שו' 32; עמ' 13 שו' 24-29; עמ' 14 שו' 4-7). יוצא, אם כן, כי הבנק נוהג לעיין בפרטי המשכונות המופיעים ברשם המשכונות עובר להתקשרותו בעסקאות מסוג זה וכי ידע, או יכל לדעת, מבעוד מועד, על פרטי הדירות כפי שצוינו בהסכם בין החייב לבין הגב' שיפר וכפי שצוינו במשכון שנרשם לטובת המבקש. לא איתרתי כל מניעה מזיהוי קיומה של עסקה קודמת בזמן. עיון מתבקש נסיבות שכזה, היה מלמד מיד כי החייב משכן את הדירות שמספרן 4 ו- 5 ברחוב הרב הרצוג 2 רמלה. מדובר בתיאור זהה של הדירות כפי שמופיע בהסכם המכר – אותו הסכם שמכוחו רשם הבנק את זכויותיו ושבו עיין עובר להתקשרותו עם החייב. אותו הסכם המצוין בשטר המשכון מטעם הבנק, בו צוין כי הזכויות המשעבדות הן "על פי הסכם מיום 12.12.12 בינם לבין שיפר לונה...". בנוסף וכנזכר, לאור פרק הזמן המשמעותי שחלף ממועד הסכם המכר עד לרישום הערת האזהרה לטובת החייב, היה על הבנק לחשוד ביתר שאת שמא התבצעו עסקאות קודמות שטרם נרשמו בפנקס המקרקעין ולערוך את הבדיקות הנדרשות בזהירות יתרה. לא התרשמתי כי כך נעשה. שוכנעתי, אפוא, כי הבנק לא מילא את חובתו ביחס לבדיקות הנדרשות ולא הסיק את המסקנות המתבקשות מבדיקות אלו, ככל שבוצעו על ידו ואשר תוצאותיהן היו מונחות לנגד עיניו. בהתנהלותו זו, הפר את חובת תום הלב המוטלת עליו, כמי שמבקש שזכויותיו תגברנה.
30. אין בידי לקבל אף את טענת הבנק לפיה כתב ההתחייבות שבין המבקש לחייב נערך למראית העין בלבד. סבורני כי הבנק לא נשא בנטל השכנוע המוטל עליו להוכיח טענה זו. עמדתו של המבקש, בעניין זה, לא נסתרה בחקירה נגדית והבנק לא הצביע על ראייה ממשית שתלמד אחרת מכך. לא נסתרה אף טענת המבקש, כי החייב הפקיד בידו שיקים לפרעון ההלוואה שביסוד כתב ההתחייבות (ר' מוצג מ/ש 1). נוסף על כך, הבנק לא ניצל את יכולתו לדרוש הצגת מסמכים המוכיחים את העברת סכום ההלוואה מאת המבקש לחייב עובר לדיון שבו נחקרו הצדדים על תצהיריהם (ר' גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי, מהדורה שתיים עשרה, 257; ה"פ 1149/92 מצרי נ' שר (1.11.93); המ' 684/76 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן עזרא (22.11.76)).
31. אין בידי לקבל אף את טענת הבנק לפיה ניתנה למבקש בטוחה אחרת ולכן נמנע מלרשום הערת אזהרה לטובתו, נוכח שהמשכון לטובת המבקש נרשם עוד בטרם נמסרו לו השיקים (ר' פרו' עמ' 8 שו' 19-20) וכמחצית השנה לפני שהתקשר הבנק עם החייב בשטר המשכון. בחינת הקשר הסיבתי בין התנהלות הצדדים להתרחשות ה"תאונה המשפטית"
32. ציינתי כי בחינת תום הלב של הקונה הראשון נעשית רק במקרה שנמצא כי הרוכש השני הינו תם לב (השווה: ע"א (29.4.07); ע"א 1117/06 חברת אלקודס קורפוריישן נ' יורשי המנוח אלרחמן (14.4.10)). בענייננו, נוכח שנקבע כי הבנק, בהיותו בעל העסקה השנייה, הפר את חובת תום הלב המוטלת עליו, די בכך כדי לבכר את העסקה הראשונה בזמן – היא העסקה עם המבקש.[3180/05](http://www.nevo.co.il/case/5880647) **זריק נ' ג'רייס**
33. עם זאת ובבחינת למעלה מן הצורך, אציין כי בנסיבותיו הייחודיות של המקרה הנדון, אינני סבור שמחדליו של המבקש הם שגרמו במישרין לאותה תאונה משפטית מתוארת. שני הצדדים הפרו את חובת תום הלב המוטלת עליהם, אך סבורני כי אם הבנק לא היה מפר את חובת תום הלב מצדו, התאונה המשפטית הייתה נמנעת, חרף מחדליו של המבקש. לעומת זאת, לא מן הנמנע שגם אם המבקש, מצדו, לא היה מפר את חובת תום הלב, התאונה המשפטית הייתה נמנעת. ראשית כך, משום שגם אם המבקש היה רושם את המשכון לזכותו עם פרטי הדירות כפי שנרשמו בפנקס המקרקעין, לא היה בכך כדי לשנות מהחלטת הבנק להתקשר עם החייב בעסקה השנייה. אמנם, נקבע כי ציון מספרי הגוש/חלקה של הנכס, כמו גם כתובתו ופרטים מזהים אחרים, נועדו כדי לאפשר לצדדים שלישיים לבדוק ולגלות דבר קיומו של משכון על נכס ולכן על הרישום להיות מדויק ונכון. אולם, השאלה היא האם יעלה בידי המעיין ברישום זה –לגלות מהם הנכסים המשועבדים (ר' ה"פ 340/03 בנטורה נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ (19.2.2007); ע"א 288/68 בנק קרדיט לישראל בע"מ נ' כונס הנכסים של חברת ד.ט.פ (11.10.68)). בענייננו, לנוכח ידיעת הבנק על הסכם המכר כאישור נציגו ומבעוד מועד – קבעתי כי ככל שהיה מעיין ברשם המשכונות, היה בידו להתוודע לקיומם של המשכונות הרשומים לטובת המבקש – הן אם המשכונות היו רשומים עם פרטי הדירות התואמים לפנקס המקרקעין והן אם היו רשומים לפי נתוני הסכם המכר (ר' פרו' עמ' 12 שו' 32; עמ' 13 שו' 24-29; עמ' 14 שו' 4-7). שנית כך, משום שהערת האזהרה נרשמה לטובת החייב בפנקס המקרקעין ביום 8.11.15 ואילו הבנק התקשר עם החייב בעסקה השנייה כבר ביום 24.12.15. בהינתן כי הבנק רשם לזכותו הערת אזהרה בתוך פרק זמן קצר במיוחד מהמועד שבו נרשמה – אינני סבור כי העובדה שהמבקש לא עשה כן, בתוך פרק זמן שכזה, צריך שתעמוד לו לרועץ. במיוחד כך, לנוכח העובדה שרישום הערת האזהרה לטובת המבקש הותנה בסיום רכישת הזכויות על ידי החייב. יוצא, אפוא, שאין המדובר בקשר סיבתי מובהק בין התנהלות המבקש לבין התרחשות התאונה המשפטית, שכן אם הבנק היה ממלא את חובתו כנושה מקצועי – התאונה הייתה נמנעת. לכן, גם מטעם זה, זכותו של הבנק כבעל העסקה השנייה נסוגה מפני זכותו של המבקש כבעל העסקה הראשונה בזמן. מסקנתי מכל האמור היא, שזכותו של המבקש - הוא בעל העסקה הקודמת בזמן, עדיפה על זכותו של הבנק - כבעל העסקה המאוחרת.זהות כונס הנכסים
34. על אף התוצאה אליה הגעתי ביחס לקדימות זכויות המבקש על פני זכויות הבנק, לא מצאתי לנכון לקבוע קביעה שונה מזו שנקבעה בהחלטת ראש ההוצל"פ מיום 20.4.17, בזו הלשון:"... לנוכח שיקולי תועלת להשאת התמורה, מן הראוי להיעתר לבקשת הזוכה (הבנק – א.י.)... למינוי בא כוחו ככונס נכסים. הזוכה הוא בעל חוב גבוה באופן משמעותי מן החוב כלפי מר בשארי, ויתרה מכך – החייב ויתר כלפי הזוכה על הגנות הדיור החלוף והגנות הדיור המוגן, ולכן מינויו יביא למכסום ולהשאת תמורת המכר, דבר אשר יועיל לכלל הנושים לרבות מר בשארי".
35. לא איתרתי בטענות המבקש נימוק ממשי המצדיק העדפת מינויו של ב"כ ככונס נכסים, על פני מינויו של ב"כ הבנק. המבקש לא הבהיר מדוע הנימוקים שביסוד החלטה זו אינם יכולים לעמוד, ככל שייקבע כי התחייבות החייב כלפיו עדיפה על פני זו של הבנק. לא איתרתי כל טענה המצדיקה סטייה מאותה החלטת ואף לא הובהר מדוע עדיפות זכויותיו של המבקש כבעל העסקה הראשונה, מצדיקה שינוי בזהות כונס הנכסים. לאור התוצאה אליה הגעתי, האינטרס של ב"כ הבנק להשיא את ערך תמורת מכירת הדירות, גדול מזה של ב"כ המבקש. במיוחד כך, לנוכח ויתור החייב על הגנת הדיור החלוף והדיור המוגן כלפי הבנק. המבקש הוא צד להליך המתנהל בלשכת ההוצל"פ ויהא בידו לבחון את הבקשה לאישור מכירת הדירות, לכשתוגש. **סוף דבר**
36. ביתרת טענות הצדדים לא מצאתי ממש ולאור המקובץ, קיבלתי את התובענה בחלקה, במובן זה שניתן בזאת צו הצהרתי לפיו זכויות המבקש בדירות קודמות לאלו של הבנק.
37. לאור התוצאה אליה הגעתי בהשוואה לסעדים המבוקשים, שווי הבטוחות מושא הדיון, התנהלות הצדדים ומכלול נסיבות העניין - הבנק יישא בהוצאות המבקש בסכום כולל של 12,000 ₪. סכום זה ישולם בתוך 30 ימים ורק ככל שלא ישולם במועד, יישא הפרשי ריבית והצמדה מהיום ועד למועד התשלום המלא בפועל. זכות ערעור – כדין. לידיעת הצדדים.נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח. ניתן היום, כ"ו שבט תשע"ח, 11 פברואר 2018, בהעדר הצדדים. 