

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 189/95

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לין
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט י' אנגלרד

המערער:

בנק אוצר החייל בע"מ

נ ג ד

המשיבה:

מזל אהרונוב

ערעור על פסק-דין בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 21.11.94 בתיק
ה.פ. 1723/91 שניתן על-ידי כבוד
השופט א. גורן

תאריך הישיבה:

כ"ט בסיוון תשנ"ח (23.6.98)

בשם המערער:

עו"ד סורין גנות
עו"ד דניאל בר

בשם המשיבה:

פסק-דין

השופטת ט' שטרסברג-כהן:

1. שניים טוענים לזכות בקרקע חקלאית: גרושתו של הבעלים הרשום (להלן: האישה), מכוח זכותה לפי הסכם גירושין שאושר כהסכם ממון לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 או לחילופין למחצית הזכות מכוח הלכות השיתוף; והמערער (להלן: הבנק), נושה הבלתי מובטח של בעלה לשעבר של האישה (להלן: הבעל), שהוא הבעלים הרשום של הקרקע, מכוח עיקול שהטיל על המקרקעין. מי מבין השניים גובר?

עובדות

2. האישה ובעלה לשעבר נישאו ב- 4.11.65. המקרקעין נשוא הדין שלפנינו - קרקע חקלאית פנויה (להלן: המקרקעין) - נרכשו על ידי בני הזוג ב-1979. ביום 3.8.89, ערכו הבעל והאישה הסכם גירושין שחלקו הממוני אושר כהסכם ממון על פי חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, ביום 4.1.90 (להלן: ההסכם). על פי ההסכם, התחייב הבעל להעביר את המקרקעין לבעלותה המלאה של האישה. בני הזוג התגרשו ב-1.11.90. המקרקעין לא הועברו על שמה של האישה ואף לא נרשמה הערת אזהרה על זכויותיה. לאחר שאושר הסכם הממון ולאחר הגירושין, הגיש הבנק תביעה כספית כנגד הבעל, בגין חוב שנוצר - לטענת הבנק - בעת שבני הזוג היו נשואים ולפני שנחתם הסכם הגירושין ביניהם. במסגרת התביעה הוטל על המקרקעין עיקול זמני שנרשם ביום 23.1.91, ואושר על ידי בית המשפט בסיום ההליכים, ביום 8.4.92. משביקשה האישה למכור את המקרקעין, גילתה, כי אלה עוקלו לטובת הבנק. או אז עתרה היא לקבלת סעד הצהרתי, לפיו היא בעלת מלוא הזכויות במקרקעין מכוח ההסכם. לחלופין, ביקשה היא להצהיר על זכותה במחצית מן הזכויות במקרקעין מכח הלכת השיתוף, ולצמצם את העיקול בהתאם.

3. על העובדות הנ"ל השתית בית המשפט המחוזי את פסק דינו, לאחר שהצדדים הגיעו להסכמה דיונית, לפיה הם מוותרים על חקירת המצהירים. הבנק נסוג בו מטענת "גירושין למראית עין" וקנוניה להברחת נכסים שהועלתה על ידו בתחילה ומשך תצהיר של חוקר פרטי שתמך, לכאורה, בטענה זו. כמו כן, האישה לא טענה, כי במועד שהוטל העיקול ידע הבנק על זכויותיה במקרקעין לפי ההסכם. עלינו להניח - איפוא - כפי שהניח בית משפט קמא - כי מדובר בשני צדדים תמי-לב.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטענות הבנק

4. בית המשפט המחוזי (כבוד השופט א' גורן) פסק, כי זכותה של האישה במקרקעין מכוח ההסכם שאושר גוברת על זכותו של הבנק מכוח העיקול, בסברו, כי "אם ניתן משנה תוקף להסכם ממון ... באמצעות אישור ההסכם כפסק-דין על ידי בית המשפט, צד שלישי אינו יכול להטיל עיקול על זכויות אשר זה מכבר אינן בבעלות החייב". השופט גורן ציין, כי דברים אלה יפים למקרה שבפנינו, כאשר הסכם הממון נכרת ואושר כשנה תמימה לפני העיקול. עוד ציין השופט המלומד, כי בענייננו מדובר בעיקול, בו אין לראות עסקה נוגדת, ועל כן אין ליישם את ההלכות שיצאו מלפני בית משפט זה, לפיהן זכויותיה הבלתי רשומות של האישה מכוח הלכת השיתוף במקרקעין **שאינם דירת מגורים**, אינן יפות כלפי בעל התחייבות חוזית נוגדת שהסתמך על המרשם בתום לב.

5. מכאן ערעור הבנק שלפנינו, בו טוען הבנק, כי יש להעדיף את הזכויות שרכש כמעקל - שהוא צד שלישי תם-לב - בהסתמך על הרישום, על פני זכויותיה הבלתי רשומות של האישה, שהועברו לאישה על-ידי

הבעל בהסכם ממון שאושר כדין. את טענתו בדבר עדיפות העיקול על ההתחייבות הבלתי רשומה שבידי האישה, מעגן הבנק בהלכה שיצאה מלפני בית משפט זה ברע"א 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) עמ' 121 (להלן: הלכת בוקר). על פי הלכה זו גובר העיקול המאוחר על פני זכות אובליגטורית קודמת (על כך בהמשך). עוד טוען הבנק, כי אישור הסכם ממון על ידי בית המשפט, איננו מוסיף לו משנה תוקף ואיננו נותן לזכות שהועברה בו לאישה, עדיפות שאין לה מלכתחילה על פני העיקול.

אישור הסכם ממון

6. בטרם אבחן את שאלת העדיפות בין הזכויות המתעמתות, אייחד דברים לשאלה, האם אישור ההסכם על-ידי בית משפט מוסיף לו משנה תוקף, כפי שקבע השופט קמא. אלה המשיבים לכך בחיוב מפנים לרע"א 383/86 בטארסה נ' עיאש, פ"ד מא(2) עמ' 100 (להלן: פסק-דין בטארסה).

באותו מקרה, נמכרה קרקע פעמיים: תחילה למבקשים (קונה א') ואחר-כך למשיב (קונה ב'). בהתדיינות בין שני הקונים, הכיר בית המשפט ביהודה ושומרון בזכויות הבעלות של קונה א' במקרקעין. הלך קונה ב' והטיל עיקול על המקרקעין בגין חוב שחב לו - לפי הטענה - המוכר (כנראה מעסקה אחרת). קונה א' פנה לבית המשפט המחוזי בירושלים, בבקשה לביטול העיקול. בית משפט זה הורה על מחיקת העיקול בהכירו בזכותו העדיפה של קונה א', משום שלאחר העברת המקרקעין אליו מכוח החוזה לא נותרה למוכר שום זכות בהם, שניתן לעקלה. וכך אומר בית המשפט:

"עתה ברור לכולנו שהעיקול הוטל, למעשה, על רכוש שאינו שייך לחייב [המוכר] כי אם למבקשים [קונה א']. שאין להם כל קשר עם החוב שבגיניו הוטל העיקול. **היתממותו של המשיב (עיאש) מעובדה זו והתעלמותו מאותם ההליכים שהוא עצמו היה צד להם שבמסגרתם הוכרעה הכף לרעתו, לא יכולה לעמוד בפני הביקורת ולא במבחן ההיגיון...** אשר-על-כל אלה תתבקש מסקנה אחת ויחידה, והיא: לבעלים הרשום לא נותרה זכות ברכוש המעוקל, מפני שכל הזכויות שהיו להם בן הועברו למבקשים מכוח תנייה חוזית שבה הכיר בית משפט מוסמך". (שם, בעמ' 103 ליד האות ז'. ההדגשות שלי - ט.ש.כ.).

ספק בעיני אם הרציונל של פסק-דין זה הוא, הקניית משנה תוקף להתחייבות חוזית רק משום שקיבלה גושפנקא של פסק-דין. ההנמקה של פסק-הדין מלמדת, כי העדיפות שניתנה לקונה א' נובעת מנסיבותיו המיוחדות של המקרה. קונה ב' התחכם. תחילה ניהל התדיינות משפטית בשאלה למי שייכת הקרקע, ומשהפסיד והוחלט כי היא שייכת לקונה א', ביקש הוא להשיג את הקרקע על ידי הטלת עיקול עליה. בית המשפט לא נתן יד לניסיון זה. ראוי לציין שבית המשפט לא הזכיר את הלכת בוקר שקדמה להתדיינות בפניו, לפיה עיקול מאוחר גובר על התחייבות קודמת בלתי רשומה ולא התמודד איתה.

7. יש הסוברים, כי אין התחייבות חוזית שאושרה על ידי בית משפט הופכת לזכות בעלת עדיפות על פני זכות חוזית אחרת שלא קיבלה גושפנקא כזאת, לעניין התחרות בינה לבין עיקול מאוחר (ראו מ' דויטש קניין (תשנ"ז, כרך א') 65-66 (להלן: מ' דויטש, קניין)). אלא שגם אם נסבור, כי מתן תוקף של פסק-דין להתחייבות חוזית נותן לה עדיפות (ואני משאירה זאת בצריך עיון), הרי שכאן מדובר באישור הסכם ממון לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג 1973-. אישור כזה איננו "פסק-דין". אין הוא מכריע במחלוקת שבין הצדדים. אין בית המשפט בודק את תוכנו של הסכם הממון המובא בפניו לשם אישור תוכנו ואין הוא אמור לאשר את תוכנו. כל שעושה בית המשפט הוא מתן אישור להסכם, לאחר שנכח שבני הזוג עשו אותו בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו (סעיף 2(ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג). לפיכך, אינני סבורה שרק מכוח אישור הסכם הממון במקרה דנן, הופכת האישה שרכשה זכויות במקרקעין על פיו, לבעלת זכות עדיפה על פני מי שיש בידו התחייבות חוזית גרידא, לעניין התחרות בין הזכות הנרכשת באמצעות ההסכם לבין עיקול מאוחר יותר.

התחרות קודם לחוק המקרקעין, התשכ"ט 1969 - (להלן: חוק המקרקעין)

8. בסוגיית התחרות בין התחייבות בלתי רשומה לבין עיקול מאוחר ממנה, דנו בתי המשפט לא אחת. בעניין זה יש להבחין בין התקופה שלפני כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין לבין התקופה שלאחריו. לפני תחולת החוק, הוכרה זכותו העדיפה של בעל הזכות במקרקעין על פני העיקול המאוחר. הכרה זו התבססה על בעלות שביושר שנקלטה בארץ מכללי היושר האנגליים (ראו: ע"א 392/65 סיגלוב נ' עזיון קואופרטיב לעבודות עץ בע"מ, פ"ד כ(1) 442; ע"א 528/66 שטרן נ' חברת חלקה 36 בגוש 6127 בע"מ, פ"ד כא(2) 342 (להלן: ערעור שטרן); ד"נ 30/67 שטרן נ' שטרן, פ"ד כב(2) 36 (להלן: ד"נ שטרן)).

ערעור שטרן

9. בערעור שטרן, היה הרוב בדעה, כי עקרונות היושר מעדיפים את הקונה שקניינו שביושר קדם לעיקול, על פני הנושה המעקל, כי אין נושה יכול לגבות מתוך רכוש החייב יותר זכויות מאשר יש לו לחייב עצמו ברכושו וכי שיטת רישום המקרקעין בארץ אינה משנה מסקנה זו, שכן, נושה מעקל אינו סומך על הרישום ואינו מניח את כספו על קרן הצבי. הוא מעקל את נכסי החייב ואינו רשאי לעקל נכס שאינו שייך לו. אומר השופט הלוי בערעור שטרן:

"על פעולה כגון זו [עיקול - ט.ש.כ. חל, להיפך, הכלל הגדול כי אין הנושה יכול לגבות מתוך רכוש החייב יותר זכויות מאשר יש לו לחייב עצמו ברכושו. הנושה המעקל הוא בבחינת 'חליפו' של החייב, וכל זכות שביושר של אדם שלישי, שקנינו של החייב כפוף לה בשעת הטלת העיקול, כוחה יפה כלפי המעקל.

...

עקרונות היושר מעדיפים איפוא את הקונה..., שקנינו-שביושר קדם לעיקול, על פני הנושה המעקל, על פי הכלל שאין לעקל אלא את מה שיש לחייב. הנושה המעקל אינו 'קונה-בתום לב-ובעד-ערך'. מסקנה זאת אינה משתנית - ואף אינה ראויה להשתנות, לפי דעתי - לאור שיטת רישום המקרקעים הנהוגה בארצנו... טעמו של דבר: נושה-מעקל - להבדילו מקונה-בתום לב - אינו סומך על הרישום בספרי האחוזה ואינו מניח את כספו על קרן הצבי, אלא מעקל הוא את נכסי החייב ואינו רשאי לעקל נכס שאינו שייך לחייב. (ע' 354-355; ההדגשות שלי - ט.ש.כ.)

השופט זוסמן - בדעת מיעוט - קבע, כי היה מקום להעדיף את זכותו של המעקל על פני זכותו של הרוכש, מטעמים של שמירה על הסדר הציבורי והקפדה על נכונות המרשם ומשום האשם שדבק ברוכש שנמנע מלרשום זכותו והכשיל בכך את הנושה. בכך ראה השופט זוסמן הטעיית הציבור וסיכול המטרה שלמענה מחייב הדין רישום הזכויות במקרקעין והקפדה על כך שהמרשם ישקף את הזכויות הקיימות במקרקעין. אומר השופט זוסמן:

"בענין דנא סבור אני שתורת היושר תומכת במשיבים [המעקלים - ט.ש.כ.] מטעם זה: המערער [הרוכש - ט.ש.כ.] רכש לו זכות שניתן היה לרשמה, והיא טעונה רישום. כבר עמדתי על כך שהסדר הציבורי בישראל, נוכח שיטת הרישום הנוהגת אצלנו, מטיל חובה לדאוג לכך, שספרי האחוזה ישקפו במידת האפשר את הזכויות הקיימות במקרקעים... התוצאה היא, שעל פני ספרי האחוזה לא נגלו זכויות המערער ואשמתי היא, שעקב מחדלו נשארו הספרים במצב העשוי להגדיל את האשראי של בעלים הרשום... בהתנהגות זו של המערער יש, אף כי בלי משים, משום הטעיית הציבור וסיכול המטרה שלמענה הדין מחייב רישום זכויות במקרקעים. בעוד שזכויות המערער היו ניתנות לרישום ובאשמתי לא נרשמו, לא היו זכויות המשיבים ניתנות לרישום. משמע, הם לא עשו ולא נמנעו מעשות דבר העלול לפגוע בזולת." (ערעור שטרן, 349; ההדגשה שלי - ט.ש.כ.)

דיון נוסף שטרן

10. פסק-הדין בערעור שטרן קבע ברוב דעות, כי העיקול המאוחר בטל ומבוטל זכויות הקונה על-פי עקרונות שביושר גוברות עליו. על פסק הדין בערעור התקיים דיון נוסף, בו הוחלט ברוב דעות לקיים את פסק-דין הרוב בערעור. בדיון הנוסף הוסיף והדגיש השופט הלוי, כי אי רישום הזכויות שביושר אינו גורם נזק לנושה, שכן, האשראי שהוא נותן לחייב לא ניתן על סמך הרישום. ובלשונו:

"הנושה המעקל - בניגוד למקבל משכנתה - אינו סומך על קנינו הנחזה של החייב, לרבות רישומו בספרי האחוזה, ובעל הקנין-שביושר שאינו רושם את זכותו אינו מאפשר לחייב לקבל אשראי מאת המעקל: האשראי ניתן זמן רב לפני העיקול, ולא בחוב המהווה את עילת העיקול עסקינין, אלא בעיקול עצמו. בעת הטלת העיקול אין ממונו של בעל החוב בידו, אלא להיפך - הוא מבקש לגבות מנכסי החייב. לשם כך הוא מעקל את הנכסים הנראים כנכסי החייב, והיה, אם יבוא צד שלישי ויוכיח את קנינו העדיף על קנין החייב, ובמידת עדיפותו - יוסר העיקול. זהו סיכון שאין לנושה מפלט ממנו. כדי להבטיח את זכויותיו, רשאי הוא להטיל עיקול על כל נכסי החייב; אבל רק על נכסי

החייב, ולא על נכסי צד שלישי" (ד"נ שטרן 50-51; ההדגשה שלי - ט.ש.כ.).

עוד הוסיף בית המשפט וקבע, כי העיקול אינו זכות שביושר וגם לא זכות הכשירה להתחרות על סדר עדיפויות לפי דיני היושר, "אלא סעד דיוני לצורך הקלת ההוצאה לפועל העתידה לבוא - סעד המכוון כולו כלפי בעל הנכס, בלי ליצור זכויות כלפי אחרים, שכבר היו בעלי זכויות בנכס" (ע' 43).

זכויות שביושר לאחר חוק המקרקעין

11. לאחר שבד"נ שטרן הוכרעה הכף לטובת הרוכש, שהועדף על פני המעקל, בא חוק המקרקעין ושינה את התפיסה המשפטית לגבי זכויות במקרקעין. זכויות שביושר פסו עברו מן העולם כפי שנקבע בסעיף 161 לחוק הקובע לאמור:

161. **שלילת זכויות שביושר**
 "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק".

בקהיליה המשפטית נשמעה דעה, לפיה אף שנותקה על-ידי החוק הזיקה הפורמלית לדיני היושר, לא שינה החוק באופן מהותי את הדין. אומר על כך פרופ' ויסמן:

"פניית העורך לעקרונות דיני היושר [היא] במידה רבה פורמלית בלבד. העקרון המרכזי שבדיני היושר *Equity looks on that as done which ought to be done*, המשתקף בהלכה שזכות הנובעת מהתחייבות לביצוע עיסקה במקרקעין, עדיפה - עוד בטרם בוצעה ההתחייבות - על זכויות הנובעות מעסקות מאוחרות יותר, שכבר הושלמו, פרט לזכויות שנרכשו בתמורה ובתום לב, עקרון זה אומץ אף על ידי חוק המקרקעין. ניתוקו הפורמלי של עיקרון זה מהמשפט האנגלי יאפשר לו מעתה להתפתח באופן עצמאי; אך היש לצפות בשל כך לשינוי מהפכני בנושא זה? הנסיון הישראלי בהפעלת הקנין שביושר שבדין האנגלי לא גילה בעבר תקלות חמורות, והשערתנו היא, על כן, שהניתוק הפורמלי מהמשפט האנגלי לא יגרום לכך שדמותו של 'הקנין שביושר מתוצרת הארץ' תהא שונה באופן מהותי מהקנין שביושר האנגלי" (י' ויסמן, חוק מקרקעין תשכ"ט 1969 - מגמות והישגים (האוניברסיטה העברית, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"ל) 14-13 (להלן: מגמות והישגים)).

(ראו גם: נ' כהן התערבות ביחסים חוזיים (תשמ"ב), 47-52; ע"א (ת"א) 84/74 דרזנר נ' כהן,

פס"מ תשל"ו (2) 3; 379, (1970) 5 Is.L.R. J. W. "The Land Law, 1969: A Critical Analysis" (386-388).

בעקבות החוק הועמדו לבחינה מחדש שאלות רבות בדבר זכויות במקרקעין והסדרתן וביניהן שאלת מעמדו של בעל ההתחייבות הבלתי רשומה - שהיה לפני חקיקתו של החוק בעל קניין שביושר ולאחר חקיקתו איבד מעמד זה - אל מול זכותו של המעקל המאוחר. סוגיה זו נדונה והוכרעה בהלכת בוקר, שקבעה כי העיקול המאוחר גובר על ההתחייבות הקודמת הבלתי רשומה. אפנה איפוא, להלכת בוקר.

הלכת בוקר

12. במקרה נשוא פסק-דין זה נקנתה דירה והקונים שילמו חלק ממחירה וקיבלו בה חזקה, אך הדירה טרם נרשמה על שמם. בהעדר רישום, הטיל נושה של המוכרת עיקול על הדירה. הקונים ביקשו להסיר את העיקול בטענה לעדיפות ההתחייבות שבידיהם על פני העיקול. בקשתם נדחתה. בית המשפט קבע, כי העיקול גובר על זכותם הקודמת בזמן של הקונים, שלא נרשמה. הטעם שניתן על-ידי בית המשפט היה, שעם חקיקת חוק המקרקעין, אין עוד זכות קניינית במקרקעין ללא רישום. אומר בית המשפט, כי על פי תפיסת חוק המקרקעין, הרישום הוא בעל ערך קונסטיטוטיובי עליון ואילו בידי הקונים רק התחייבות לקבל זכות במקרקעין. התחייבות זו קושרת את הצדדים לחוזה, אך אין לה תוקף כלפי צד שלישי:

"... המחוקק לא רצה עוד בזכות קניינית של מי שהתקשר לקניית זכות במקרקעין..., אלא כל עוד לא נגמרה עיסקת הרכישה ברישום... נשאר זכותו של הרוכש זכות חוזית בלבד הקושרת את הצדדים לחוזה אך לא צד שלישי. סדר חדש זה הונהג למען... הגברת ערכו המעמיד (הקונסטיטוטיובי) של הרישום בפנקסי המקרקעין..." (השופט לנדוי בע' 134).

לשופט זוסמן היתה הזדמנות לחזור על עמדתו - בדעת מיעוט - שמצאה ביטוי עוד לפני חקיקת חוק

המקרקעין, והפעם ביטאה את דעת הרוב:

"בע"א 528/66, שנדון נוספות בד"נ 30/67 הנ"ל [ערעור שטרן וד"נ שטרן] חיויתי את דעתי, שהסדר הציבורי בישראל, בו מתחייב רישום עיסקה במקרקעין מצד אחד, ומצד אחר נאכפות זכויות שביושר, על אף העדר הרישום, מחייב שלא להושיט עזרה למי שהזניח במתכוון את רישום העסקה כמו שעשה הקונה ההוא. אך דעתי הייתה דעת מיעוט, ואלמלא בא חוק המקרקעין, הייתי פוסק כהלכת הרוב. החוק החדש חולל שינוי יסודי בדיני מקרקעין. סעיף 161 לחוק החדש קובע, 'שמתחילתו של חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק'. וכאילו אין די בכך, נקבע בסעיף 160 כי 'בעניני מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו'. סעיף 160 נושא הערת שוליים: 'עצמאות החוק', ואמנם אין ספק בכך, שהמחוקק התכוון לנתק דיני מקרקעין בישראל מדיני היושר האנגליים. בכך נשמט היסוד מתחת לתביעת הקונים. אם אין בידם לסמוך טענת העדיפות כלפי העיקול על זכות קודמת שביושר, כהלכת הרוב בד"נ 30/67, על מה יסמכוה?" (שם ע' 137; ההדגשה שלי - ט.ש.כ.).

השופט קיסטר הדגיש את מהותו הקונסטיטוטיובי של הרישום, המהווה ראייה חותכת לתוכנו. עם

זאת, הוסיף הוא ואמר, כי: "...אם אדם שילם כל המחיר, קיבל חזקה מידי המוכר ואחר בידעו זאת נתן אשראי

למוכר וירצה לעקל את רכושו של המוכר, דעתי היא, כי לא יוכל לדרוש מכירת הנכס בהוצאה לפועל בידעו כי לא

היתה למוכר כל זכות לקבל בחזרה את החזקה מאת הקונה המחזיק, ובכלל לא היתה למוכר כל זכות לפעול על פי רישום הבעלות שלו" (שם בע' 132 מול האות א'). כאן, מוצאים אנו הסתייגות מעדיפותו של הנושה-המעקל, אם הוא נגוע בחוסר תום לב, או כלשונו של השופט קיסטר, "נוהג שלא ביושר". השופט לנדוי - אליו הצטרף השופט ויתקון - קבע, כי אין בקבלת החזקה בדירה על ידי הקונה, כדי לפגוע בעדיפות העיקול המאוחר. זכות הרוכש שלא נרשמה היא זכות חוזית בלבד שאינה קושרת צד שלישי. לדידו "תום לבו [של הנושה], במובן חוסר ידיעה על זכותו של הקונה הבלתי-רשום, אינו מוסיף ואינו גורע (לפחות בהעדר קנוניה בין המעקל לבין הבעל הרשום)" (שם בע' 34 מול האות ד'). הדרך למנוע עדיפות זו היא לרשום הערת אזהרה על ידי הקונה אשר תוכל "לשמש למבקש העיקול 'כמורה דרך'". השופט זוסמן גרס, כי הסדר הציבורי שעל פיו נאכפות זכויות שביוסר על אף שמתחייב רישום העסקה במקרקעין, איננו ראוי ואין להושיט עזרה למי **שבמתכוון הזניח** את רישום העסקה, וכי כאשר קניין שבדין אינו נרכש ללא רישום וקניין שביוסר לא קיים עוד, גובר העיקול על הזכות הבלתי רשומה. עם זאת, לדבריו, "קשה לחוות דעה, איזו משתי השיטות, זו שהיתה נוהגת בעבר וזו הנוהגת למן יום 1 בינואר 1970, יותר צודקת" (שם ע' 137).

13. הלכת בוקר הבהירה, כי המצב ששרר במשפטנו בטרם חוקק חוק המקרקעין, שונה על ידי החוק. השינוי נבע מביטול הזכויות שביוסר. על פי דיני היושר, נחשב מי שבידיו התחייבות חוזית למכור לו את המקרקעין, כבעל "זכות קניין שביוסר", ותווית קניינית זו העניקה לזכותו תוקף כלפי צדדים שלישיים, למעט כלפי רוכש בתמורה ובתום לב; ואילו עם ביטולן של הזכויות שביוסר הופשטה ההתחייבות לעשות עסקה במקרקעין מסממניה הקנייניים והיא הפכה להיות זכות חוזית גרידא. ככזו, אין להתחייבות שלא קיבלה ביטוי במרשם תוקף כלפי צדדים שלישיים. כל עוד בידי הרוכש זכות אובליגטורית בלבד, הנכס הוא בבעלות המוכרת, נושיו של האחרון רשאים לעקלו והעיקול עדיף על זכותו של הרוכש.

הרציונלים להלכת בוקר

14. הרציונל של הלכת בוקר, המקיימת משטר קיצוני של רישום, הוא בחיזוק מעמדו של המרשם, ביצירת יציבות וודאות גבוהה ביחס למצב הזכויות בנכס, המשתקף ברישום בלבד ובדאגה לביטחון מסחרי כלכלי (ראו: מ' מאוטנר "יוצרי סיכונים ו'נקלעי סיכונים' - הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים 92, 162 (להלן: מ' מאוטנר יוצרי סיכונים). ואכן, חוק המקרקעין מבטא את רצונו של המחוקק הישראלי לקיים שיטה מחייבת ומקיפה של רישום מקרקעין, אשר תבטיח כי כל נכסי המקרקעין בישראל, לרבות עסקאות ופעולות משפטיות המבוצעות ביחס אליהם, ישתקפו אל נכון בפנקסים פומביים העומדים לעיונו של כל דורש. (ראו דברי שר המשפטים דאז, מר דב יוסף, בעת הקריאה הראשונה של חוק המקרקעין, ד"כ 40, ע' 2128 מיום 22.6.64; וכן י' יוסמן, מגמות והישגים, 10; א' פרוקצ'יה "דיני פשיטת רגל

והחקיקה האזרחית בישראל" (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, ירושלים, התשמ"ד 1984-) ע' 71-73). כדי לעגן את המטרה האמורה בחוק, קבע המחוקק בחוק המקרקעין מספר הסדרים משלימים המתיישבים עם המגמה הכללית לחזק את כוחו של המרשם. תכלית חקיקתית זו מצאה ביטוי גם בפסיקתו של בית משפט זה (ראו: סעיף 7 לחוק, לפיו עסקה שלא הסתיימה ברישום היא בגדר התחייבות בלבד, וסעיף 10 לחוק, הנותן תוקף לעסקה שנעשתה על סמך הרישום גם אם היא מוטעה; וכן ע"א 28/70 אוצר השיכון בע"מ ואח' נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד כד(2) 369, 371 וע"א 318/83 אגוזי שפע בע"מ (בפירוק מרצון ואח' נ' שיבר ואח'), פ"ד לט(4) 322, 334). אולם, כפי שאבהיר בהמשך, הוודאות הכללית אינה חזות הכל ומולה עומדים אינטרסים אחרים ראויים להגנה לא פחות ממנה ובעיני אף יותר.

15. רציונל אחר, המצדיק הכרעה בתחרות על פי רישום - לדעת אלה הגורסים כך - הוא, בעיקרו, שיקול של יעילות כלכלית. על פי שיקול זה, יש להטיל את האחריות על מי שיכול היה למנוע את הנזק בצורה היעילה והזולה ביותר (שיקול זה עומד גם בבסיסה של הביקורת על ההסדר הקבוע בסעיף 9 לחוק, ראו לעניין זה רייכמן, "הערת אזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות סותרות" עיוני משפט י' (תשמ"ד) 297 (להלן: רייכמן, הערת אזהרה) ומאוטנר במאמרו (להלן). בהקשר שלפנינו, משמעות הדבר היא, הטלת האחריות על בעל ההתחייבות שיכול היה לרשום הערת אזהרה ובכך למנוע את ההתנגשות עם המעקל, שהיה נמנע מלהטיל עיקול על קרקע שהזכויות בה אינן של הנושה. לפי טיעון זה, על הכלל המשפטי לעודד את השימוש בכלי של הערת אזהרה, שהוא כלי יעיל, פשוט לשימוש, זול ונגיש לכל אחד. טיעון זה כורך עמו לבד משיקולי יעילות כלכלית, גם שיקולים של צדק ו"ענישה". בעל ההתחייבות הראשונה יכול היה למנוע את כניסתו של בעל ההתחייבות השניה לתסבוכת המשפטית, ומשלא עשה כן והכשילו, עליו לשאת בתוצאות מעשיו. (שיקולים אלה מכונים על ידי פרופ' מאוטנר "שיקולי יעילות מראש" "Ex Ante Efficiency Considerations"; M. Mautner "The Eternal Triangles of The Law: Toward A Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties" 90 Michigan L. Rev. (1991-1992), 95). המחבר מבחין בין "שיקולי יעילות מראש" (לפיהם על מי שיכול היה למנוע את ההתנגשות מראש ולא עשה כן להפסיד בתחרות) לבין "שיקולי יעילות בדיעבד" (לפיהם יש להעדיף את מי שיפגע פחות). לגישתו, יש להתחשב בשיקולי יעילות בדיעבד אך ורק כאשר שיקולי יעילות מראש אינם יכולים לפתור את הקונפליקט, דהיינו: אף לא אחד מן הצדדים יכול היה למנוע את ההתנגשות. ראו גם מ' מאוטנר "עיסקאות נוגדות" ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה" הפרקליט מ (תשנ"א) 521; מ' מאוטנר יצרי סיכונים. לגישה אחרת, לפיה ניתן לשיקול "שיקולי יעילות בדיעבד" גם כאשר קיים מי שבידו היה למנוע נזק בצורה זולה ויעילה, ראו: ח' דגן "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל - תשנ"ו (א' רוזן-צבי, עורך) (להלן: ח' דגן דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות)). פרופ' מאוטנר איננו מתייחס במפורש לעימות שבין

רוכש לבין נושה של המוכר, אולם מגישתו הכללית עולה, כי גם בעימות זה, צריך המעקל לגבור, שכן היה בידי בעל ההתחייבות האובליגטורית למנוע את הטלת העיקול, לו רשם את זכותו. על אף הרציונל העומד בבסיס הלכת בוקר, אין היא מקובלת עלי. אתיחס בהמשך לבקורת שנמתחה עליה ולטעמים לסטייה ממנה.

הביקורת על הלכת בוקר

16. על הלכת בוקר נמתחה ביקורת על ידי מלומדים. הביקורת הופנתה, הן כלפי ההנמקה המשפטית שבבסיסה, והן כלפי התוצאה הקשה שהיא גררה עמה. לעניין ההנמקה עמדו המלומדים על כך, שעדיפותה של התחייבות מוקדמת לעשות עסקה במקרקעין על פני זכות מאוחרת, מושרשת עמוק בקרקע המשפט הישראלי ועל כן גם אם נותקה הזיקה הפורמלית לדיני היושר על פי סעיף 161 לחוק המקרקעין, אין מניעה ליצור דיני יושר "תוצרת הארץ". דיני יושר "תוצרת הארץ" יכולים להתבסס על סעיף 9 לחוק המקרקעין ויכולים להתבסס על מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית, ומכוחם יש להעדיף את הזכות האובליגטורית על פני העיקול המאוחר (ראו האסמכתאות בסעיף 11 לעיל; וכן, א' גולדנברג "חוק המקרקעין, תשכ"ט 1969 - הוראות המעבר ומורשת העבר" עיוני משפט ב (1972), 839, 847-851; ד' א' פרנקל "אכיפת חוזים לרכישת מקרקעין" משפטים ד (1973), 424; ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שניה, תשנ"ח, כרכים א' ו-ב'), 547-548, 1097, 1136 (להלן: ד' פרידמן, עשיית עושר)). על האפשרות לעגן פתרון זה באמצעות סעיף 9 ובאמצעות נאמנות קונסטרוקטיבית אעמוד בהמשך (סעיפים 23-26).

אכן הלכת בוקר גררה עמה תוצאה קשה. טול למשל אדם שרכש דירה, השקיע בה את מיטב כספו ואף קיבל בה חזקה וגר בה. לאחר זמן, בא נושה של המוכר ומטיל עיקול על הדירה ומוחק באחת את זכויותיו של הרוכש בה והוא נותר ככלי ריק ללא כספו ששולם למוכר, וללא הדירה. זאת ועוד, במציאות, חלק גדול מבעלי זכויות אובליגטוריות במקרקעין אינם יכולים לעגן את זכותם ברישום (נ' כהן, "חזקה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", משפטים מא (1993) 161 (להלן: נ' כהן, חזקה של קטינה)). מכאן, מבחינה רעיונית, אין הצדקה להעדיף את המעקל, שלו זכות דיונית בלבד ואין הוא מסתמך על הרישום לעניין מתן האשראי, על פני בעל הזכות האובליגטורית. כמו כן, יש להגן על בעל ההתחייבות האובליגטורית - "הצרן הקטן" - בהתמודדותו אל מול נושה, שהוא לרוב מוסד כספי שעיסוקו מתן הלוואות (ראו: נ' כהן התערבות ביחסים חוזיים; נ' זלצמן וד' פרידמן "תקנת השוק והשפעתה על יחסי מוכר-קונה" עיוני משפט ה' (תשל"ו-תשל"ז) 122, 123-124 (להלן: נ' זלצמן וד' פרידמן תקנת השוק)).

הערת אזהרה - סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין

17. ער לקשיים אלה, הזדרז המחוקק לאחר שנפסקה הלכת בוקר לתקן את חוק המקרקעין, באופן שתינתן הגנה לקונה שרכש את הנכס בהתחייבות שלא נרשמה, קודם לעיקול. הגנה זו מוקנית לו אם רשם הערת אזהרה קודם להטלת העיקול. אם עשה כן, יזכה לעדיפות על פני המעקל. הוראה זו מצויה בסעיף 127(ב) לחוק המקרקעין בזו הלשון:

"127(ב). נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה... הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה..."

המחוקק מבהיר בדברי ההסבר להצעת החוק, בה תוקן סעיף 127 והוסף האמור בו כמצוטט לעיל, כי ההוראה המוצעת באה למלא אחרי המלצת בית משפט זה מפי השופט מ' לנדוי בפסק דין בוקר (הצעת חוק המקרקעין (תיקון מס' 2), תשל"ב 1971-, ה"ח 144).

18. לכאורה, באו דברים על תיקונם והכל נתון בידיו של בעל הזכויות הבלתי רשומות. יתכבד בעל ההתחייבות וירשום הערת אזהרה וזכותו תועדף על זו של מעקל מאוחר יותר. אך הדברים אינם כה פשוטים. לא תמיד ניתן הרישום לביצוע ולא תמיד ניתן הוא לביצוע מהיר ויעיל. כך לגבי מקרים בהם כרוך הרישום בניהול הליכים משפטיים ובהשגת צו שיפוטי שיאפשר את הרישום, כך במגוון של מקרים בהם המקרקעין כלל אינם רשומים וכך במקרים בהם הנכס רשום במנהל מקרקעי ישראל או בחברה משכנת, שהם הבעלים הרשומים במרשם. (על הקושי העולה מתופעת המקרקעין הבלתי רשומים ובפרט זה הנוגע לרישום הערת אזהרה בהם, ראו: י' ויסמן דיני קניין - חלק כללי (תשנ"ג) 324-327).

רישום הערת אזהרה בעייתי במיוחד בזכויות הנובעות מיחסי ממון בין בני זוג, בין לפי הלכות השיתוף ובין מכוח חוק יחסי ממון. אמנם אין מניעה חוקית לרישום זכויות הנובעות מיחסי הממון בין בני הזוג גם במהלך הנישואין, אך בני זוג אינם עושים כן כאשר מתנהלים חייהם על מי מנוחות, קל וחומר בעיתות משבר, וספק אם דרישת רישום כזו - שיישומה הלכה למעשה כרוך בקשיים פרוצדורליים לא מעטים - עולה בקנה אחד עם תקנת הציבור. אין תימה, איפוא, שחלק נכבד מן ההתדיינות בסוגיה שלפנינו, עוסק בעימות שבין בן הזוג בעל הזכות הבלתי רשומה, לבין נושה של בן הזוג האחר, שהוא הבעלים הרשום, שהטיל עיקול (ראו: ה"פ (ב"ש) 1033/96 אלפסי נ' האפטרופוס הכללי, פס"מ תשנ"ו 177; ה"פ (ת"א) 1125/91 בנתורה נ' עייני, פס"מ נג(2) 485; ה"פ (ת"א) 448/92 ציטרום נ' איכאן, פס"מ נה(3) 485; ה"פ (ת"א) 878/95 קוטיגרו נ' קוטיגרו (טרם פורסם); ה"פ (ת"א) 752/97 טואשי נ' עזיזיאן (טרם פורסם); וכן הלכות בן-צבי נ' סיטין ו- אי.תי.אס. שיובאו בהמשך).

סעיף 127 הסדר שלילי?

19. המחוקק קבע בסעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, כי בעל התחייבות שרשם הערת אזהרה מוגן מפני מעקל, נושה של הבעלים הרשום. האם משתמע מכאן שמי שלא רשם הערת אזהרה אינו מוגן מפני מעקל? במילים אחרות, האם יוצר סעיף 127(ב) הסדר שלילי, לפיו הרוכש הראשון בזמן, שלא רשם הערת אזהרה לטובתו, נדחה מפני מעקל שני בזמן? נראה לי שלא כך הוא. שתיקת המחוקק אינה מצביעה בהכרח על הסדר שלילי. יש והיא מצביעה על חֶסֶר - לאקונה, אותו יש להשלים ממקורות חיצוניים לחוק, ויש שהיא מצביעה על אי נקיטת עמדה מצד המחוקק, תוך השארת הסדרת הסוגיה למערכת נורמטיבית מחוץ לחוק. עמדתי על כך לאחרונה ברע"א א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרי ומוצרי צריכה בע"מ, תקדין-עליון, כרך 98(3) ע' 992:

"שתיקת החוק אינה מצביעה בהכרח על 'הסדר שלילי'. שתיקת החוק מדברת בכמה לשונות. לעתים השתיקה מהווה חסר (לאקונה); לעתים השתיקה מהווה חוסר נקיטת עמדה בסוגיה משפטית, תוך השארת הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק המתפרש. לעתים השתיקה מהווה 'הסדר שלילי'... דבר זה יקרה מקום שתכלית החקיקה הנה לשלול הסדר משפטי מסוים. 'הסדר שלילי' קיים, אפוא, רק מקום ששתיקת החוק היא 'שתיקה מדעת'... שתיקה היא 'מדעת' מקום שהגשמת תכלית החוק מחייבת הכרה בהסדר שלילי" (על"א 663/90 פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 404, 397).

(לעניין הסדר שלילי ראו גם בג"צ 4287/93, 4267/93, אמיתי נ' יצחק רבין ו-5 אח', פ"ד מז(5) 441, 456; וע"א 73/50 יונה דעואל נ' פריץ פטרזילקה, פ"ד ו(1) 599, 605 וכן א. ברק פרשנות במשפט, (כרך שני ירושלים, תשנ"ג) 112-114 והאסמכתאות הנזכרות שם).

האם תכלית סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין הינה לשלול העדפתו של בעל התחייבות אובליגטורית קודם בזמן על פני מעקל שני בזמן, כל עוד לא רשם בעל התחייבות הערת אזהרה לטובתו? האם ראה המחוקק לקבוע כי תנאי להעדפתו של בעל התחייבות האובליגטורית הוא רישום הערת אזהרה? לדעתי יש להשיב על כך בשלילה. תיקון החוק על ידי הוספת סעיף 127(ב), בא בעקבות הלכת בוקר. בחוקקו את סעיף 127(ב) ביקש המחוקק להבהיר - בעקבות המלצת השופט לנדוי בהלכת בוקר - כי ההגנה שמעניקה הערת האזהרה לבעל התחייבות אובליגטורית כוחה יפה גם כלפי מעקל. הצורך בהבהרה כזו נבע מכך, שהיה ספק אם רישום עיקול מהווה "עסקה במקרקעין". מאחר ורישום הערת אזהרה היה בעל נפקות - על פי החוק שקדם לתיקון - כנגד "עסקה במקרקעין" מאוחרת לרישום ההערה, ביקש המחוקק להבהיר שתהיה נפקות לרישום ההערה גם כנגד עיקול מאוחר לרישומה (ראו: דברי השופט לנדוי בע' 135-136 וכן דברי ההסבר להצעת חוק המקרקעין (תיקון מס' 2), תשל"ב 1971-, ה"ח 144). תכליתו של סעיף 127(ב) היתה לתקן את המצב הבעייתי שנוצר על ידי הלכת בוקר ולתת בידי בעל זכות אובליגטורית במקרקעין, כלי יעיל, על מנת להבטיח - בדרך קלה יחסית - את זכויותיו כנגד המעקל. הא ותו לא. סעיף זה לא בא לפגוע בזכויות העומדות בזכות עצמן כנגד

המעקל לפי כל דין, ככל שקיימות זכויות כאלה, גם ללא הערת אזהרה. לפיכך, את הפתרון לתחרות בין התחייבות אובליגטורית קודמת שלא נרשמה לבין עיקול מאוחר שנרשם בתום לב יש למצוא מחוץ לסעיף 127(ב) לחוק. הפתרון שנקבע בהלכת בוקר הותיר את בעל התחייבות האובליגטורית הקודמת בזמן בפני שוקת שבורה. תוצאה קשה זו הובילה את הפסיקה המאוחרת להלכת בוקר לגשש אחר דרכים חלופיות, שיהא בהן כדי להושיע את בעל התחייבות האובליגטורית, שהדעת אינה מניחה שיצא וידיו על ראשו. לאור זאת, ניתן למצוא בפסיקה המאוחרת להלכת בוקר כרסום בה, אם כי לא פגיעה מפורשת.

כרסום בהלכת בוקר - התפתחות הפסיקה

20. בפסק דין בטראסה, נסוג העיקול מפני התחייבות אובליגטורית קודמת, מבלי שהוזכרה בו הלכת בוקר. בנסיבותיו של אותו מקרה נקבע, כי המעקל אינו יכול לעקל זכויות שהועברו על-ידי המוכר קודם להטלת העיקול וכבר לא היו בידי המוכר בעת הטלתו. בע"א 3002/93 בן צבי נ' סיטין, פ"ד מט(3) 5 (להלן: פסק דין סיטין) בחן בית משפט זה את זכותו של נושה-מעקל אל מול זכותה הקודמת של אשה בדירת מגורים מכוח הלכת השיתוף, אף שזו לא נרשמה. באותו פסק דין נקבע, כי זכויותיה הבלתי רשומות של האישה למחצית מן הזכויות **בדירת מגורים מכוח הלכת השיתוף**, גוברות על זכויותיו של מעקל מאוחר, נושה של הבעל (הבעלים הרשום). באותו עניין, הגיעו בני הזוג להסכם שקיבל תוקף של פסק דין ולפיו תהא הדירה, על מטלטליה, לאישה בלבד. בטרם שנרשמה ההערה על זכויות האישה בדירה ובטרם אושר ההסכם על-ידי בית המשפט, הטיל נושה של הבעל עיקול זמני על זכויותיו הרשומות של הבעל בדירה. בידי הנושה הייתה גם התחייבות לרישום משכנתא על הדירה לפי שטר שנחתם בידי הבעל לפני ההסכם. בית משפט זה, באשרו את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, קבע, כי בעימות בין הזכויות האובליגטוריות **בקשר לדירת מגורים**, לבין עיקול מאוחר שנרשם, אין להכיר במעמד המכריע של רישום הבעלות, **כאשר הצד השלישי יודע שלבעלים הרשום יש בן זוג שגר עמו**. במקרה כזה, הנטל על הצד השלישי לבדוק מעבר לרישום, את טיב זכותו הבלתי רשומה של בן הזוג. אף שבית המשפט לא התעלם מחשיבות הרישום מבחינתו של צד שלישי הסומך עליו, לא הכיר במעמדו המכריע באומרו מפי הנשיא (בדימ') מ' שמגר:

"...אין להכיר במעמד המכריע של הרישום כאשר מערכת הנסיבות מצביעה על קיום בן הזוג כבעל זכות נוספת. כאשר מדובר בדירת מגורים והצד השלישי יודע כי מי שהנכס רשום על שמו, יש בת זוג או בן זוג הדרים עימו, מתהפכת ההנחה, ועל צד ג' לבדוק, מעבר לרישום, מה זכויותיו של בן הזוג או בת הזוג המתגורר בדירת המגורים." (ע' 20-21; ההדגשה שלי - ט.ש.כ.)

בהתייחסו לזכותו של הנושה-המעקל, ציין הנשיא ברק, כי במקום שבו היה בעל התחייבות מאוחרת שנרשמה, נסוג מפני זכותה הבלתי רשומה של האישה אם היה נגוע בחוסר תום לב (לפי סעיף 9 לחוק

המקרקעין או בהיקש ממנו אם איננו חל על זכויות מכוח הלכת השיתוף), קל וחומר שנסוג גם מעקל. אלא שמדובר במעקל שאיננו תם-לב אם משום שידע (או משום שעצם עיניו מראות) על זכות האישה הראשונה בזמן, וכך נאמר שם:

"הדברים הם קל וחומר: אם הנושה היה נרשם כבעל הנכס - ולא רק כמעקל - הוא לא היה גובר על זכותה של האישה מכוח הלכת השיתוף, אם בשעת הרישום הוא מודע לזכות האשה. פשיטא שהנושה לא יכול לגבור על זכות האשה אם הרישום הוא של עיקול גרידא (ראה נ. כהן, "חזקה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", משפטים מא (1993) 161). נמצא, כי השאלה הדורשת הכרעה בעניין שלפנינו הינה, אם בשעת רישום העיקול ידע הנושה (או עצם עיניו מראות ...) על זכות האשה (הראשונה בזמן) מכוח הלכת השיתוף." (ע' 25 פסקה 11; ההדגשות שלי - ט.ש.כ.).

21. בית המשפט מצא - בפסק דין סיטין - כי הגנה על חלקה של האישה בדירת המגורים, מכוח הלכת השיתוף, מצדיקה העדפת זכותה של האישה על פני זכותו של המעקל המאוחר, הן משום ש"חטא" בחוסר תום לב בכך שעצם עיניו מראות את זכות האישה בנכס, והן משום שבית המשפט ראה את דירת המגורים כשונה מכל רכוש משפחתי אחר, בהיותה נכס משפחתי מובהק, "גולת הכותרת של חזקת השיתוף" (ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח (3) 685, 690) ולגבי דירה כזו ההנחה היא שכל אחד יודע או אמור לדעת, גם מבלי לחקור את טיב היחסים הממוניים שבין בני זוג, כי בדרך כלל, זכאית האישה למחצית מן הזכויות בה. כך מבהיר הנשיא ברק בפסק דין סיטין:

"עמדתי באשר ליחס בין זכות האישה לבין זכות המעקל מצומצמת היא לעניין מצבים שבהם הזכות נובעת מהילכת שיתוף הנכסים, והנכס הוא בית מגורים. אין לראות בפסק דיני זה סטייה כוללת מהילכת בר"ע 178/70 ח' בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ ואח'... עניין זה מחייב דיון נפרד, החורג ממסגרתו של ערעור זה" (ע' 34 פסקה 12; ההדגשה שלי - ט.ש.כ.).

יש לציין כי פסק דין סיטין, קבע חריג להלכה שרווחה קודם לכן, לפיה אין לפגוע בזכויות צדדים שלישיים תמי לב שנרכשו על סמך הרישום, בשל זכות לא רשומה של בן זוג מכוח הלכת השיתוף בנכסים, למשל: ע"א 29/86 אי.תי.אס נהיגה עצמית בע"מ נ' קרול, פ"ד מד(1) 864 (להלן: פסק-דין אי.תי.אס) שקדם לפסק דין סיטין. שם נקבע לעניין זכותה הבלתי רשומה של האישה במגרש, כי זכויות צד שלישי תם לב גוברות על זכותה של האישה מתוך שיקול של שמירה על חיי מסחר שוטפים ומתוך שאין לדרוש מכל מי שעורך עסקה, לחקור בטיב יחסיהם הממוניים של בני הזוג (לתמיכה בעיקרון זה ראו נ' זלצמן "דיני קניין" ספר השנה של המשפט בישראל - תשנ"א (א' רוזן-צבי, עורך) 422, 451-456. לייחודו של פסק דין סיטין לזכויות בלתי רשומות בדירת מגורים בלבד, ראו גם ח' דגן דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות, 742-744. יש הסבורים, כי פסק דין סיטין סוטה מהלכת בוקר בה נקבע, כי תום הלב של המעקל איננו רלבנטי להכרעה בין הזכויות הנוגדות, וכי לא

היה מקום ליצור חריג לחזקת חוסר תום לב אף על אף שמדובר בדירת מגורים (ראו: מ' דויטש, קנן, 69 (186) המציין, כי הלכת בוקר עשויה להשתנות בעקבות פסק דין סיטין). פרופ' פרידמן סבור, כי הלכת בוקר סוייגה, אם גם לא בוטלה לחלוטין בפסק דין סיטין (ד' פרידמן, עשיית עושר 1098).

22. בענייננו אין מדובר בדירת מגורים וההנחה המוסכמת היא שהבנק-המעקל היה תם לב. כמו כן מבקשת האישה את **מלוא** הזכויות במקרקעין מכוח הסכם הממון ולא רק את מחצית זכויותיה בדירת מגורים מכח הלכת השיתוף כבמקרה נשוא פסק דין סיטין. לפיכך, אין היא יכולה להיבנות מפסק דין סיטין ומצבה איננו שונה ממצבו של כל רוכש אחר המחזיק בידו התחייבות אובליגטורית בלבד, המתעמת עם נושה של המוכר שהטיל עיקול על המקרקעין.

מכאן, שעל ענייננו חלה לכאורה הלכת בוקר, הקובעת את עדיפותו של המעקל. בהתחשב בביקורת שהושתה על הלכת בוקר ובתוצאות הקשות שנבעו ממנה נשאלת השאלה האם יש לדבוק בהלכת בוקר או שמא ראוי לסטות ממנה או לשנותה ואם כן, כיצד. שאלה זו אינה קלה וקיימים שיקולים כבדי משקל לכאן ולכאן. "סטייה מתקדים קודם של בית המשפט העליון היא עניין רציני" (רע"א 1287/92 בוסקילה, ראש המועצה הדתית טבריה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159, 172). השיקולים בשאלה אם לסטות מתקדים אם לאו חזרו ונדונו בפסיקת בית משפט זה במשך שנים (ראו למשל: בג"ץ 287/51, 34/52 ראם ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד ח 494; ע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 221, 244-249; בג"ץ 4914/91, 5063 ק' מ' איראני ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מו(4) 749, 772-773; בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749, 795-797, 800-801). ניתן לסווג את השיקולים שהוזכרו בפסיקה לשלושה סוגים: "השיקולים הנורמאטיביים", "השיקולים המוסדיים" ו"השיקולים הבין מוסדיים" (לעניין זה ראו ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 369, 378-379 והאסמכתאות הנזכרות שם). בענייננו מדובר בהלכה ישנה, כבת 30 שנה, הדורשת רביזיה לאור מציאות החיים המשתנה, המצדיקה את התפתחות המערכת הנורמאטיבית והתאמתה לצרכי החברה והמשפט המשתנים (ראו: ע"א 510/80 פקיד שומה ירושלים נ' דפוס המרכז, חברה להוצאה לאור בע"מ, פ"ד לו(4) 589, 596). כשלעצמי, נראה לי, כי ראוי לשקול את הנושא מחדש הן לאור ההתפתחויות במשפט, שעבר כברת דרך מפורמליזם למהות, הן משום המסה הגדולה של בעלי זכויות אובליגטוריות בדירות, שאינם רשומים במרשם המקרקעין והן מטעמיה של הביקורת שנמתחה על ההלכה כבר משחר ימיה.

לשיטתי, הגישה העומדת בבסיסה של הלכת בוקר והמעמידה את הרישום כערך מכריע בתחרות בין הזכויות מעוררת שאלות קשות, כגון: האם ראוי להתייחס לנכס הרשום כחופשי מכל מגבלה על אף ההתחייבות;

האם אין זה ראוי לגרוס, כי העיקול "תפס" נכס כפוף להתחייבות; האם יש להעניק עדיפות למעקל אך ורק כדי "להעניש" את בעל הזכות על שלא רשם את זכותו; האם ראוי שיעשה כן אם לעדיפותו של המעקל אין הצדקה עניינית, לא מבחינת סוג האינטרס שרכש המעקל בנכס ולא מבחינת עשיית הצדק בין הצדדים המעורבים; האם יש לייחס חשיבות לשאלה מתי נוצר החוב נשוא העיקול לפני או אחרי רכישת הזכות האובליגטורית; ועוד שאלות כיוצא באלה. אפנה, איפוא, לבדיקת המצב המשפטי הראוי לעניין ההתנגשות בין המעקל לבין בעל הזכות החוזית, תוך נסיון לתת תשובות לשאלות אלה.

נאמנות קונסטרוקטיבית

23. יש המעגנים את התפיסה, לפיה זכותו החוזית של הרוכש גוברת על זכותו המאוחרת של המעקל, במוסד הנאמנות, לאמור, החייב מחזיק בנכס בנאמנות קונסטרוקטיבית עבור הרוכש, ולפיכך לא יכול נושה של החייב לעקל נכס המוחזק בנאמנות. בין אלה המצדדים בתיזה לפיה זכויות שביושר לא פסו מן העולם, יש הרואים בנאמנות הקונסטרוקטיבית תחליף לזכויות שביושר. חוק הנאמנות, התשל"ט 1971- (להלן: חוק הנאמנות) נחקק לאחר שנפסקה הלכת בוקר ולאחר שנחקק סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין. סעיף 161 לחוק המקרקעין קובע, כי מתחילת החוק אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק. מכאן ניתן אולי להסיק, כי יש זכויות במקרקעין לפי חוק אחר כלשהו. כיוון שנאמר "לפי חוק" ולא נאמר "לפי חוק זה", יכולה התיבה "לפי חוק" להתפרש כמאפשרת לפנות לא רק לחוק המקרקעין אלא גם לחוקים אחרים, בהם ימצא מקור ליצירת זכות במקרקעין (ראו: ויסמן מגמות והישגים, 39; נ' זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב (תשנ"ה) 24, 34(46)). יש הסבורים, כי על פי חוק הנאמנות, ניתן לראות קיום נאמנות קונסטרוקטיבית של המוכר לטובת רוכש ביחס לנכס הנמכר (לפירוש זה לתמיכה בביטול הלכת בוקר באמצעות הכרה במוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית, ראו: ד' פרידמן עשיית עושה, כרך א' סעיף 16.10 בע' 548; כרך ב' סעיף 28.25 בע' 1097-1098 וסעיף 28.53 בע' 1136; נ' כהן חוזת של קטינה, 173-180, 183-184; נ' כהן התערבות ביחסים חוזיים, 47-59, 87-86; רייכמן, הערת אזהרה, 303(18)). כך נהג השופט אלוני בבית המשפט המחוזי בה"פ (ת"א) 823/85 מנ' מקסימוב (לא פורסם). אחרים סוברים, כי לא ניתן להכיר בנאמנות קונסטרוקטיבית בהקשר זה, ראו: ש' כרם חוק הנאמנות, התשל"ט 1979 - (מהדורה שלישית, התשנ"ה), 174; א' ידין "קונה של דירה ונושה של המוכר - מי מהם עדיף? (שלילת זכויות שביושר במקרקעין)" הפרקליט כז (תשל"א), 471).

24. כאשר מדובר בנכס המוחזק בנאמנות, חל סעיף 3(ב) לחוק הנאמנות הקובע כי: "אין לרדת לנכסי הנאמנות אלא בשל חובות המוטלים עליהם או הנובעים מפעולות הנאמנות". אם נכיר ביחסי מוכר-קונה כיחסי נאמן-נהנה, תישלל מן הנושה של המוכר (הנאמן) הזכות לעקל נכס המוחזק בידי המוכר בנאמנות עבור הקונה (הנהנה). האם ניתן להכיר במוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית במסגרת חוק הנאמנות והאם יכול המוכר

להיחשב לנאמן (קונסטרוקטיבי) של הקונה? שאלות אלה טרם הוכרעו בפסיקה (ראו הספקות שהועלו בע"א 654/82 סוכנות מכונות לים התיכון נ' חיות, פ"ד לט(3) 803, 809-808 ובע"א 371/89 פורד נ' שכתר, פ"ד מו(1) 149, 154-155 (להלן: פסק דין פורד)). כאמור, הדעה הרווחת בקרב מלומדים היא, כי עם חקיקתו של חוק הנאמנות, ובמסגרתו, ניתן ליתן עדיפות לזכותו של קונה שלא רשם הערת אזהרה בעימות מול נושה של המוכר, בדרך של יצירת נאמנות קונסטרוקטיבית.

סעיף 2 לחוק הנאמנות קובע: "נאמנות נוצרת **על פי חוק, על פי חוזה עם נאמן** או על פי כתב הקדש". לענייננו באה בחשבון נאמנות על פי חוזה. האם הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא נאמנות על פי חוזה? חוק הנאמנות איננו דורש שהחוזה ייקבע במפורש שהצדדים לו יוצרים נאמנות או שהצדדים לו יכתירו אותו כחוזה נאמנות. בע"א 3829/91 וואלס נ' גת, פ"ד מח(1) 801 שם), הכיר בית המשפט בקיומה של "נאמנות משתמעת" כנאמנות "על פי חוזה". הנשיא שמגר ציין, כי איננו רואה הבדל בין הסכם נאמנות שנכרת בהתנהגות לבין הסכם נאמנות מפורש שנערך בכתב. מהיבט זה, אין איפוא, מניעה להכיר בנאמנות קונסטרוקטיבית כנאמנות "על פי חוזה", כאמור בסעיף 2 לחוק הנאמנות. פרופ' כהן המצדדת בנאמנות קונסטרוקטיבית מציינת, כי האפשרות להכיר בנאמנות הקונסטרוקטיבית נלמדת גם ממבנה חוק הנאמנות, על רקע השינויים שנעשו בו לעומת הצעת החוק. הצעת החוק עסקה אך ורק בנאמנות מפורשת, אשר ליצירתה נדרש מסמך בכתב; ואילו החוק עוסק הן בנאמנות מפורשת (נאמנות על פי כתב הקדש) אשר חלות עליה הוראות נפרדות, והן בנאמנות על פי חוזה, שלגבי יצירתה אין דרישת כתב לפי החוק (ראו סעיף 2 לחוק הנאמנות). בנסיבות אלה, אנו למדים, שנאמנות על פי חוזה כוללת גם נאמנות קונסטרוקטיבית על פי חוזה. זאת ועוד, אם נאמנות על פי חוק עשויה להיות קונסטרוקטיבית (למשל נאמנות קונסטרוקטיבית לפי סעיף 10(א) לחוק השליחות), אין סיבה שלא להכיר בנאמנות קונסטרוקטיבית על-פי חוזה. ההכרה בנאמנות הקונסטרוקטיבית ביחסי מוכר-קונה קיימת גם במשפט האנגלו-אמריקאי. יצוין, כי בארה"ב הושתתה הנאמנות הקונסטרוקטיבית על דיני ההשבה הקיימים במסגרת עשית עושר ולא במשפט, אך אין בכך כדי להשפיע על התוצאה לגבי מעקל, אשר לפי הדין האנגלי, כמו גם לפי הדין האמריקאי, נדחה מפני זכותו של הנהנה:

"Where a person holds property subject to a constructive trust, his creditors are not purchasers for value and are subject to the constructive trust, except as stated in Comment k ... So also, a creditor who attaches the property or obtains and records a judgment or levies execution upon the property is not a bona fide purchaser, although he had no notice of a constructive trust (see Restatement of Trusts, § 308). This is true whether the property is land, or a chattel, or a chose in action, whether the chose in action is in the form of a negotiable instrument or not." (*Restatement of the Law of Restitution of 1937*, para. 173, Comments j, pp. 703)

(על עמדת המשפט האמריקאי ביחס לנאמנות קונסטרוקטיבית בכלל ראו: *Restatement of the Law of Restitution of 1937*, para. 160, pp. 640; לסקירה מקפת על נאמנות קונסטרוקטיבית ביחסי מוכר-קונה במשפט האנגלי ראו: A.J. Oakley, *Constructive Trusts* (London, 3ed., 1997) 275-305).

25. על ההכרה בנאמנות הקונסטרוקטיבית במקרים של מכר מקרקעין נמתחה ביקורת. זו הושתתה בעיקר על העובדה שכל עוד חלק מהמחיר טרם שולם, יש עדיין למוכר אינטרס משלו במקרקעין, ולו אך להבטחת קיום חיוביו של הקונה כלפיו. מטעם זה ניכרת רתיעה מהכרה ביחסים שבין המוכר והקונה כיחסי נאמנות (ראו דברי השופט שמגר בע"א 492/83 עזבון דיאב נ' דיאב, תקדין-עליון (2)88, 642, 646 וכן נ' כהן התערבות ביחסים חוזיים, 38; (14th. Ed. London, 1993) Hanbury & Martin, *Modern Equity* 317-320). משום כך גברה הנטיה לראות במוכר מחזיק בנאמנות רק אחרי שסולק המחיר במלואו ולאחר שקיים הקונה את כל חיוביו כלפי המוכר על פי חוזה המכר. במצב כזה קיימת הסכמה רחבה במשפט האנגלו-אמריקאי שיש לראות ביחסי מוכר-קונה יחסי נאמנות (ראו: P.H. Pettit, *Equity and The Law Of Trusts* (7th. Ed. London, 1993) 176-177).

קושי נוסף שמתעורר במוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית, הוא שאלת תוקפה של הנאמנות כלפי צדדים שלישיים, במיוחד לאור סעיף 5 לחוק הנאמנות הקובע, כי רישום הנאמנות הוא תנאי לתוקפה כלפי צדדים שלישיים. (לגישה התומכת ברישום נאמנות קונסטרוקטיבית כתנאי לתוקפה כלפי צדדים שלישיים ראו: פסק דין פורד 155; מ' דויטש, קניין, 137-138; לגישה הפוכה ראו: נ' כהן חוזה של קטינה, 178).

על רקע הקשיים שביישום מוסד הנאמנות על מכר מקרקעין שלא הושלם ברישום, נראה לי, כי עדיפה קביעה משפטית בדבר הענקת עדיפות לרוכש מכל הטעמים שיובאו להלן, מבלי להיזקק לקונסטרוקציה המשפטית של נאמנות קונסטרוקטיבית.

סעיף 9 לחוק המקרקעין

26. יש הרואים בסעיף 9 את העיגון המשפטי לעדיפותה של ההתחייבות הראשונה הבלתי רשומה, בתחרות בינה לבין העיקול המאוחר שנרשם בתום לב. תפיסה זו מעוגנת בתפיסה הכללית של המשפט, לפיה בתחרות בין שתי זכויות שוות ונוגדות, גוברת הקודמת בזמן. תפיסה זו מומחשת על-ידי סעיף 9 לחוק המקרקעין הקובע לאמור:

"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".

הוראותיו של סעיף 9 מגלמות שני עקרונות: האחד, בתחרות בין שתי התחייבויות לעשות עסקה במקרקעין, ההתחייבות הקודמת בזמן שלא נרשמה עדיפה על המאוחרת הנוגדת; השני, כי ההתחייבות הקודמת שלא נרשמה נסוגה מפני ההתחייבות המאוחרת שנרשמה, אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו תם לב. מעקרונות אלה ניתן ללמוד, כי למרות האמור בסעיף 161 לחוק בדבר שלילת זכויות שביושר, מכיר חוק המקרקעין בהתחייבות אובליגטורית, שהיא זכות בלתי רשומה במקרקעין, ומקנה לה מעמד איתן. עם זאת, אין אני סבורה, כי הפתרון לתחרות בין התחייבות קודמת שלא נרשמה לבין עיקול מאוחר שנרשם בתום לב, גלום בסעיף 9. סעיף 9 מסדיר מצב בו מעומתות זו מול זו שתי זכויות אובליגטוריות זהות במהותן (עסקאות נוגדות), עקב מכירת הנכס על ידי בעליו, פעמיים. מהותו של הסעיף להסדיר רק את התחרות הזו שבין שתי זכויות שוות במהותן. אין הוא מתיימר לקבוע כלל עדיפות בכל תחרות אחרת בין זכויות אחרות עשויות עור שונה, ואין הוא שולל או מחייב עדיפותה של ההתחייבות האובליגטורית בעימותים אחרים שאינם באים בגדר הסעיף. אין ללמוד מתוכו כי זכות אובליגטורית קודמת בלתי רשומה גוברת רק על זכות אובליגטורית מאוחרת שלא נרשמה בתום לב ובתמורה, כפי שאין ללמוד מתוכו כי רק זכות אובליגטורית מאוחרת שנרכשה ונרשמה בתום לב גוברת על זכות אובליגטורית קודמת בלתי רשומה וכי כל זכות מאוחרת אחרת שנרשמה בתום לב לא תגבר על התחייבות קודמת בלתי רשומה. עיקול מאוחר שנרשם הוא זכות שונה מהתחייבות וספק אם מוצאים בסעיף 9 תשובה למעמדה בתחרות עם זכות קודמת בלתי רשומה. אף אם תמצא לומר, כי דינו של עיקול מאוחר כדין התחייבות מאוחרת ולפיכך העימות בינו לבין התחייבות מוקדמת צריך להיות מוכרע על פי הוראת סעיף 9, הרי שבענייננו העיקול נרשם בתום לב, ועל כן על פי הסיפא של סעיף 9 אמור הוא לגבור. לפיכך ספק אם עימותים כאלה - וענייננו בכלל זה - מוצאים פתרון בסעיף 9. עם זאת, מהווה סעיף 9 מקור השראה לפתרון, באשר הוא מגלם הכרה בזכות בלתי רשומה במקרקעין, במשטר של רישום, ומעדיפה על פני זכות רשומה במקרקעין מאוחרת בזמן, אלא אם המאוחרת נרשמה בתום לב ובתמורה.

27. התייחסות לסעיף 9 כמקור השראה מתבקשת מן התפיסה המקובלת בשיטתנו של הרמוניה משפטית בין הסדרים שונים הנוגעים לאותה מִטְרִיה. הלכת בוקר איננה עולה בקנה אחד עם דיני התחרות לגבי עסקאות נוגדות כפי שנקבעו בסעיף 9 לחוק המקרקעין. ככל שמדובר בהתנגשות בין התחייבויות, אימץ המחוקק בסעיף 9 לחוק שיטה שונה שאינה מתנה את עדיפותו של בעל ההתחייבות המוקדמת בזמן, ברישום הערת אזהרה. ההתחייבות הראשונה תגבר, אלא אם ההתחייבות השניה עלתה לדרגת קניין (העסקה הסתיימה ברישום) ונתמלאו התנאים של תום לב ותמורה. עד כה דחתה הפסיקה ניסיונות להביא לעדיפות של

השני בזמן, במקרים שבהם לא רשם הראשון הערת אזהרה על זכותו, וזאת, מן הטעם שיש בכך כדי לעקוף את הסדרי העדיפות הקבועים בסעיף 9. (ראו: ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253 (להלן: ד"נ ורטהיימר); ע"א 839/90 רז חברה לבנין בע"מ נ' אירנשטיין, פ"ד מה(5) 739; ע"א 1235/90 הרבסט נ' חב' מ. אריאן בע"מ, פ"ד מו(4) 661). הלכת בוקר, לעומת זאת, מעניקה לרישום ערך מכריע בתחרות בין זכויות והיא קובעת כלל של עדיפות מוחלטת של המעקל, הוא בעל הזכות המאוחרת, ללא דרישת תום לב מצידו. אי התאמה זו, איננה מתיישבת עם הרציונל העומד מאחורי דיני התחרות הנקוטים בשיטתנו - דבר שהוא בלתי רצוי כשלעצמו - והוא גם עלול ליצור מעגלים שוטים בתחרויות בין שלושה צדדים. כך למשל, לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין, בעל התחייבות לרישום משכנתא שרשם הערת אזהרה על זכותו אך העסקה עמו לא הסתיימה ברישום, נסוג מפני זכותו של בעל התחייבות ראשון בזמן שלא רשם הערת אזהרה, אולם הוא גובר על מעקל לפי סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, בעוד שבעל ההתחייבות הראשון בזמן נסוג, על פי הלכת בוקר, מפני המעקל (נ' כהן חזזה של קטינה, 174-175).

נותרת אם כן על כנה השאלה מהו דינו של עיקול שנרשם בתום לב אל מול התחייבות קודמת בלתי

רשומה?

מהותן של הזכויות המתחרות

28. הזכויות המתחרות, שהן זכות חוזית ואובליגטורית אל מול עיקול שהטיל נושה, אינן שוות ערך ומעמד. על כף המאזניים האחת עומדת הזכות החוזית. ההתחייבות האובליגטורית מקנה לרוכש **זכויות מהותיות בנכס המסוים**. המוכר מתחייב להעביר את זכויותיו במקרקעין לאחר. ההתחייבות לביצוע עסקה במקרקעין היא זכות חוזית מהותית בעלת משקל סגולי רב, גם אם לאחר חקיקתו של חוק המקרקעין, אין לראותה עוד כמעניקה "קניין מן היושר" במקרקעין. ביטולן של הזכויות שביושר לא שמט את הקרקע מתחת להתחייבות לביצוע עסקה במקרקעין. גם לאחר חקיקתו של חוק המקרקעין, עומדת היא איתנה על רגליה, מכוחו של החוק. סעיף 9 לחוק המקרקעין ממחיש זאת. עמד על כך השופט ברק בד"נ ורטהיימר.

"נקודת המוצא כיום היא, כי התחייבות לעשות עיסקה במקרקעין מעניקה זכות לקונה. זכות זו עומדת על רגליה היא. משקמה זכותו של קונה בהתחייבות לעשות עיסקה במקרקעין, ממילא מתעוררת שאלת ההגנה על זכות זו, בעיקר כלפי בעל עיסקה נוגדת. תשובה לשאלה זו נגזרת מהוראות חוק המקרקעין עצמן. (ע' 263 פסקה 6)

...

גישה זו, המכירה בזכותו של הקונה הראשון לא רק כלפי המוכר אלא גם כלפי הקונה השני, מאפיינת את המשפט האנגלי. **שם נובע הדבר, בין השאר, מאופיה הקנייני של זכות הקונה הראשון, ואילו אצלנו נובע**

הדבר מהוראותיו של סעיף 9 לחוק המקרקעין, אשר על-פיו זכותו של הקונה הראשון "כובלת.... גם צד ג'" (י' ויסמן, מגמות והישגים, 15).

...

ניגוד של זכויות נוצר רק עקב הלכת המחוקק הישראלי, אשר בשני המקרים בהם מדובר בסעיפים הנ"ל, נתן לקונה, נוסף על זכותו האובליגטורית, גם מעין זכות קניינית מן היושר (הישראלי), אשר על-פיה יש בידו להוציא את הממכר מהקונה השני. רק בדרך זו עשוי קונה-נושה לחדור לתוך מישור הקניין. אלמלא כך, לא היתה כל יריבות בין שני הקונים". (ע' 268-269; ההדגשות שלי - ט.ש.כ.)

(ראו ד' פרידמן, עשיית עושר (כרך א') ע' 547 סעיף 16.10: "ניתן היה לחשוב כי בכך החזיר ס' 9

את אשר שלל ס' 161 וכי זוהי אותה גברת בשינוי אדרת").

29. סיווג הזכות - כזכות אובליגטורית, קניינית, "מעין קניינית" או "קניין שביישר (ישראלי)" - איננו מטרה

פני עצמה והדברים צריכים להיבחן תוך התייחסות לשאלה הספציפית העומדת לדיון ומתוך עימות עם הזכויות המתחרות. ובלשונו של הנשיא ברק:

"כשלעצמי סבור אני כי לא "המדבקה" (קניין, חיוב, חפץ, שטר) היא הקובעת את התוצאה, אלא התוצאה קובעת את פרשנות הוראת החוק או פיתוח המשפט המקובל שלנו. (פסק דין סיטין, ע' 23 ליד האות ג')

ובמקום אחר,

"כשלעצמי סובר אני, כי הטבעת תווית של "חיוב" או "קניין" אינה צריכה להיעשות על פי שיקולים כלליים ומופשטים, אלא חייבת להיות מעוגנת במציאות משפטית-עובדתית-קונקרטית. מוסד משפטי פלוני - כגון זכותו של אדם, כלפיו התחייבו לעשות עיסקה במקרקעין - עשוי להיות שייך לתחום החיובים לצורך סוגיה אחת, ועשוי להשתייך לתחום הקניינים לצורך סוגיה אחרת." (ד"נ ורטהיימר, ע' 269)

(ראו גם: י' ויסמן "מושגי יסוד בידי קניין - סקירה ביקורתית" משפטים יא (תשמ"א) 41, 72).

30. על כף המאזניים האחרת, אל מול בעל הזכות האובליגטורית, מצויה זכות המעקל. עיקול הוא

במהותו זכות חלשה במדרג הזכויות. העיקול **יוצר את הזכות המהותית**. הוא משמש כלי למימוש הזכות

המהותית שהיא חובו של החייב-בעל הנכס, לנושהו. העיקול הוא שימת הנושה יד על רכוש החייב כדי להבטיח

אפשרות מימוש החוב על ידי הנושה.

"הטלת העיקול, כשלעצמה, איננה מקנה זכות מהותית בנכס המעוקל לזוכה שביקש הטלת עיקול; ... על ידי עיקול אין הזוכה רוכש כל זכויות בנכס המעוקל, והעיקול מהווה רק "שימת יד" של בית המשפט או לשכת ההוצאה לפועל על נכס מסוים. ומי שזכאי לממש נכס זה ולגבות ממנו את חובו, איננו רק המעקל אלא גם כל אלה שהצטרפו לעיקול מאוחר יותר" (ד' בר-אופיר הוצאה לפועל - הליכים והלכות (מהדורה רביעית, 1998), 300).

הזכות המעוקלת, שהיא הבעלות הרשומה במקרקעין, היא זכות שבעליה התחייב בגינה התחייבות קודמת והעביר זכויותיו בה, בחוזה עם רוכש. שימת ידו של המעקל על הנכס המסוים צריכה להיות כפופה להתחייבות שקיבל על עצמו מוכר הנכס כלפי הרוכש. כאשר בא המעקל ומטיל עיקול על המקרקעין, אין הוא יכול ל"תפוס" יותר ממה שיש לחייב, בנכס. זכותו הרשומה של החייב בנכס, כפופה להתחייבות שקיבל על עצמו המוכר כלפי הרוכש. אף שזו לא נרשמה, היא קיימת ולא ניתן להתעלם ממנה. אין בכוחו של עיקול למרק את זכויותיו של החייב בנכס המעוקל ואם קודם לעיקול נעשתה עסקה תקפה בנכס, העיקול אינו יכול לבטל את תוצאותיה של העסקה. העיקול מתגבש על זכויותיו של החייב כפי שהן (רע"א 323/80 אלתית בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לז(2) 673, 680). מטעם זה נקבע כי שיעבוד צף שנוצר בטרם הוטל העיקול אך התגבש והפך ספציפי לאחר שהוטל, גובר על העיקול:

"העיקול אינו מקנה למעקל כל זכות של משכנתא או כעין משכנתא לטובתו, והוא מכון יותר כנגד החייב, במעמדו כבעל הנכס, מאשר כלפי הנכס עצמו. לפיכך, **אין העיקול יכול לתפוס יותר זכויות ממה שיש לחייב באותו נכס, והוא כפוף לזכויות שרכשו בו אחרים קודם לכן.**" (ע"א 542/85 המועצה הישראלית לייצור ושיווק כותנה בע"מ נ' אתא חברה לטקסטיל בע"מ, פ"ד מב(4) 559, 564 ליד האות ג'; ההדגשה שלי - ט.ש.כ.).

העיקול אמנם מקנה למעקל זכות לעקל נכס למימוש חובו, אולם העיקול חל על הנכס במצבו ליום הטלת העיקול. היינו, כשם שבמידה ובידי החייב נכס פגום, העיקול חל על הנכס על פגמיו, כך במקרה בו נערכה עסקה מוקדמת בנכס, עיקול הנכס כפוף להתחייבות המוקדמת שקיבל על עצמו החייב בנוגע לנכס.

31. כיוון שהעיקול במהותו הינו כלי דיוני באמצעותו יכול הנושה לגבות את חובו והוא אינו יוצר זכות מהותית בנכס הספציפי דווקא, אין הצדקה להעדיפו על פני הקונה - אף שלא רשם הערת אזהרה - שלו אינטרס בנכס הספציפי. הנושה מעונין בפירעון חובו. הא ותו לא. זכויותיו של הנושה בנכס הספציפי נצמחו לו באופן אקראי באמצעות עיקול שהטיל במסגרת קשר משפטי בין הצדדים שאינו קשור כלל במקרקעין. על כן לדעתי, הטעמים העומדים בבסיסו של כלל העדיפות על פי רישום לפי הלכת בוקר (פיסקאות 14-15 לעיל) אינם מתקיימים במצב של עימות בין התחייבות בלתי רשומה קודמת בזמן, לבין עיקול מאוחר יותר. המעקל אינו נמנה על המסתמכים הפוטנציאליים על המרשם לשם עשיית עסקה היוצרת את ההתחייבות כלפיו. התנהגותו של הקונה שלא רשם הערת אזהרה או קניין איננה יוצרת כלפי הנושה תוספת סיכון המצדיקה העדפתו של המעקל על פניו. הנושה חשוף ממילא לסיכון שהנכס הרשום על שם המוכר-החייב ביום מתן האשראי או הוצרות החוב, לא יוותר בידינו במועד מאוחר יותר אם וכאשר יפתח הנושה בהליכים לגביית החוב שלא נפרע.

בכל תקופת קיום החוב וקודם לעיקול, רשאי החייב להעביר את הנכס לאחר, בתמורה או שלא בתמורה ולעשות בו כל עסקה אחרת, ללא צורך באישור הנושה. בנק או כל נושה אחר שאינו מגבה את האשראי בשעבוד, נוטל סיכון כזה מראש. צפייתו שמצבת הנכסים של המוכר תישאר כפי שהיא - וספק אם יש לו צפייה כזו גם למועד הפירעון - איננה מהווה אינטרס משפטי הראוי להגנה. במה דברים אמורים? המועד הרלבנטי לבחינת שאלת הסתמכות לצורך הצדקת העדיפות, הוא מועד היווצרות החוב הכספי. ואילו במועד הטלת העיקול, ההסתמכות היא - כלשונה של פרופ' נ' כהן (חוזתה של קטינה 190) - "הסתמכות דיונית". משמעה של זו הוא, שהנושה הפעיל הליך סרק של הטלת עיקול, בסברו בטעות כי הבעלים הרשום הוא בעל הזכויות בקרקע. משנתבדה, נגרם לו נזק, אלא שלא ראוי לרפא נזק זה על חשבונם של בעל הזכויות בנכס על ידי העדפתו של הנושה ודחיקת רגלו של בעל ההתחייבות מפני המעקל. טענה בדבר הסתמכות על הרישום בעת מתן ההלוואה ויצירת החוב העשויה להיות רלבנטית, מטבע הדברים, רק לגבי מקרים שבהם ההתחייבות הבלתי רשומה הייתה קיימת במועד בו נעשתה עסקת ההלוואה. רק במקרה כזה ניתן לטעון, כי קיימת אפשרות תיאורטית שאילו נרשמה הערת אזהרה, היה הנושה - שבחן את חוסנו הכלכלי של החייב וסמך על גביית החוב מתוך הנכס - נמנע מעשיית עסקת ההלוואה. אולם, גם במקרה כזה, הסתמכות כללית על תמונת המצב הכללית של החייב אינה יוצרת זכויות בנכס ספציפי, גם אם ידע עליו הנושה בעת עריכת העסקה. יש להטעים כי הבנק בעניין שלפנינו לא טען שההלוואה ניתנה לבעל על סמך היותו בעלים רשום של הקרקע.

מן האמור לעיל עולה, כי לאור מהותן ומשקלן של הזכויות המתחרות, יש להעדיף את בעל הזכות החוזית על פני המעקל.

מאזן הנזקים ומדיניות משפטית ראויה

32. העדפתו של בעל ההתחייבות על פני המעקל מוצדקת גם מן ההיבט של מאזן הנזקים ושל מדיניות משפטית ראויה. התחרות בין קונה לנושה של המוכר, מאופיינת במספר מאפיינים בעלי השלכה ישירה על התוצאה הראויה:

ראשית, כיון שלרוכש יש אינטרס בנכס עצמו ואילו לנושה אין אינטרס ספציפי בנכס נשוא המחלוקת, נזקו של הרוכש רב יותר ולפיכך, יש הצדקה להעדיפו על פני הנושה, היכול אולי להיפרע מנכס אחר.

שנית, במקרה של בנק נושה מול רוכש דירה למגוריו, הסיטואציה רגישה במיוחד. הרוכשים הם בדרך כלל ה"צרכנים הקטנים" העושים עסקות של רכישת דירה למגוריהם ואילו הנושה הבנק עוסק במתן הלוואות, אותן הוא יכול להבטיח בשיעבודים, דבר שלא נעשה. מלווה שזהו עיסוקו מפיק בדרך כלל רווחים

מעיסוק זה, במסגרתו לוקח הוא בחשבון אפשרות של אי-פרעון. הרוכש לעומת זאת, משקיע לעתים את כל הונו בכדי לרכוש דירת מגורים, אותה הוא עלול להפסיד לנושה של המוכר. מאזן הנזק נוטה בברור לטובת הרוכש. מהיבט זה, מן הראוי, כשיקול של מדיניות משפטית, לתת לכך ביטוי בבחירת כללי העדיפות בתחרות בין זכויות. על השיקול "החלוקתי" המדגיש את השתייכותם של "מפסידים ומנצחים לקטגוריות חברתיות" ראו ח' דגן דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות. כך אומר ד"ר דגן:

"במילים אחרות: אני סבור כי ראוי ליתן משקל לשיקול של מאזן המצוקה הבדיעבדי גם במצבים שהוצאות העסקה אכן זניחות בהם, דהיינו, גם במצבים שאין בהם לשיקול זה השפעה במישור היעילות. הסיבה לכך היא שגם במקרים כאלה יש להשמת הזכאויות על-ידי הדין השלכות חשובות, אשר נוגעות בשאלת הזהות של המנצחים והמפסידים." (ע' 722)

זו היא גם דעתה של פרופ' נ' כהן, לפיה יש להתחשב במיהות הצדדים, ולהעניק עדיפות לצרכן המתעמת עם מוסד כספי:

"... האם א' הוא צרכן לצרכיו העצמיים המוכן למלא את החיובים המוטלים עליו או משקיע גרידא. במקרה הראשון יש להגביר הגנה עליו. כן אין להתעלם גם ממעמדו של הנושה. נראה שכאשר הנושה הוא מוסד כספי, ייתכן לטעון שהוא לקח על עצמו את הסיכון של העדר כושר פרעונו של ב'..." (נ' כהן התערבות ביחסים חוזיים (תשמ"ב), 91).

להתחשבות בשיקול זה ראו גם: נ' זלצמן וד' פרידמן תקנת השוק, 123-124 המציניים, כי:

"ביטול זכויות שביושר בדיני מקרקעין נעשה בצורה גורפת והוא עלול לפעול גם נגד לקוח הרוכש לצורך מגוריו דירה מקבלן ועשוי להעניק יתרון דווקא לחברת השקעות או לבנק, שהלווה כספים לאותו קבלן. סעיפים 160-161 לחוק המקרקעין אינם מבדילים בין מי שעסקאות במקרקעין הן בגדר עיסוקו הרגיל לבין מי שהפעולה המשפטית שערך במקרקעין איננה חלק מעיסוקו או ממקצועו".

בא כח הבנק ניסה להלך עלינו אימים בטענה, כי פסק דין התומך בזכותו של בן הזוג הלא רשום, יביא לכך שגופים כמו הבנקים יירתעו מהענקת אשראי ו"המחיר" הכלכלי של הלכה כזו - המעדיפה את הרוכש, יכול לגרום לקושי במתן הלוואות בלתי מובטחות או להעלאת הריבית על הלוואות כאלה. נראה, כי טענה זו רואה צל הרים כהרים. הבנקים יזהרו במתן הלוואות וינקטו צעדים להבטיחן והדרכים לכך רבות.

שיתוף בחובות

33. נותר לדון בטענה של שיתוף בחובות, אותה העלה הבנק בשפה רפה וללא פירוט. מלכתחילה לא צירף הבנק את האישה כצד לתביעה הכספית מכוחה הוטל העיקול, ולא ראה בה שותפה לחובות. מן החומר שהיה בפני בית משפט קמא עולה, שחובו של הבעל אינו נובע מהלוואה שנתן הבנק לבעל, כי אם מערבות שחתם הבעל, כנראה לטובת אחיה של האישה, אשר היה שותף לעסקיו של הבעל. אולם לא ברור אם הערבות

ניתנה במסגרת או לצורך העסקים המשותפים, דהיינו, לצורך הפקת נכסים שבאו לקופת המשפחה במסגרת השיתוף בין בני הזוג, או אם ניתנה הערבות בהסכמת האישה ועל דעתה. עניין זה לא הובהר כלל בבית המשפט המחוזי, לאור ההסכמה הדינית אליה הגיעו הצדדים. בהעדר כל ביסוס עובדתי לשאלת מקורו של החוב, טיבו, מועד היווצרותו, מעורבות האישה ביצירתו או ידיעתה על קיומו וכד', לא נוכל גם להתייחס לטענת השיתוף בחובות. (לדחיית טענת שיתוף בחובות עקב העדר ראיות ואי צירופה של האישה כצד לתביעה נגד הבעל ראו: פסק דין סיטין פסקה 10 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') שמגר; והשוו לע"א 5598/94 נניקשווילי נ' נניקשווילי, פ"ד מט(5) 163, שם התקבלה טענה של שיתוף בחובות שצמחו בגין נכס עסקי בנסיבות שבהן הצטיירה תמונה של חוסר תום לב מצד האישה, שהייתה שותפה למשא ומתן לקראת הסדר החוב, ידעה על החוב וביקשה לסכל את גבייתו כ-3 שנים לאחר שניתן פסק-הדין). בענייננו, בהעדר ידיעה על מקורו של החוב, לא ברור כלל שהוא בא בגדר החובות המשותפים. כמו כן, ההנחה היא שהצדדים המשפטיים שנקטה האישה נעשו בתום לב ושלא לצורך סיכול גבייתו של החוב.

34. לאחר כתיבת חוות הדעת, הגיעו לידי חוות דעתם של חבריי. כפי שעולה מחוות דעתי, ציינתי את סעיף 9 כמקור השראה לקביעת סדר העדיפות בין הזכויות המתחרות, אלא משום הקשיים הרעיוניים הגלומים ביישום הוראות הסעיף על תחרות בין זכויות שונות זו מזו, לא מצאתי להשתית עמדתי בדבר עדיפותה של הזכות האובליגטורית הראשונה בזמן, על סעיף זה.

השאלה מה הדין כאשר בעל ההתחייבות הראשונה שילם רק חלק מן המחיר על חשבון הנכס לעניין עדיפותה על העיקול המאוחר שנרשם, שאלה נכבדה היא, אלא שאני מוצאת להשאיר אותה בצריך עיון, שכן לא נדרש להכריע בה בענייננו והצדדים אף לא טענו בעניין זה.

35. סוף דבר, אני מציעה לדחות את ערעור הבנק באופן שאין מניעה שהמקרקעין יירשמו על שם האישה ויועברו לצדדים שלישיים, ומציעה להטיל על הבנק הוצאות בסך 35,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

הנשיא א' ברק:

1. הלכת בוקר (רע"א 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121) נפסקה לפני כשלושים שנה. מאז לא פסק הדין סביב נכונותה של הלכה זו. היקפה צומצם (ראו, למשל, ע"א 3002/93 בן-צבי נ' סיטין, פ"ד מט(3) 5, 25 - להלן: פרשת בן-צבי) והיא הושארה ב"צריך עיון" (ד"נ 21/80

ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה (3) 253, 269 - להלן: פרשת ורטהיימר; ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד (טרם פורסם)). עתה הגיע הצורך לעיין בה. חברתי השופטת שטרסברג-כהן, הביאה בהרחבה ובאופן מקיף את שיקולי המדיניות המשפטית המונחים ביסוד הכרעתנו. באיזון בין שיקולים אלה הכריעה חברתי לטובת הגישה כי מן הראוי הוא לסטות מהלכת בוקר. למסקנה זו אני מצטרף. עם זאת, איני יכול להסתפק ב"אני מסכים" לאקוני, שכן ספק בעיני אם הקונסטרוקציה המשפטית עליה מבססת חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, את פסק דינה מספיקה לביסוס מסקנתה.

הבעיה

2. ביסוד עמדתה של חברתי עומדת הקביעה כי המעקל אינו יכול ל"תפוס" יותר ממה שיש לחייב בנכס. זכותו הרשומה של החייב בנכס, כפופה להתחייבות שקיבל על עצמו המוכר כלפי הרוכש (פסקה 30). מדוע? אם כל שיש לרוכש (הקונה) כלפי המוכר היא זכות אובליגטורית - זכות שאינה משפיעה על קניינו של המוכר בנכס - כי אז נתונה לחייב (המוכר) בעלות מלאה בנכס, אותה ניתן לעקל. חברתי מציינת כי "ההתחייבות האובליגטורית מקנה לרוכש זכויות מהותיות בנכס מסויים" (פסקה 28). אך מדוע יש לרוכש (לקונה) "זכויות מהותיות בנכס מסויים"? הרי חברתי קובעת כי הקונה הוא "בעל זכות אובליגטורית", אשר מולה מצויה זכות המעקל (פסקה 28). אם הקונה הוא אך "בעל זכות אובליגטורית", כיצד יש לו "זכויות מהותיות בנכס מסויים"? במה הוא שונה מנושה רגיל? זאת ועוד: חברתי מציינת כי המעקל אינו יכול ל"תפוס" יותר ממה שיש לחייב בנכס (פסקה 30). אך אם זכותו של הקונה היא אובליגטורית - כפי שקובעת חברתי - אין לו לקונה דבר בנכס ולחייב יש קנין מלא בנכס. חברתי מציינת כי "ההתחייבות לביצוע עסקה במקרקעין היא זכות חוזית מהותית בעלת משקל סגולי רב, גם אם לאחר חקיקתו של חוק המקרקעין, אין לראותה עוד כמעניקה קניין מן היושר במקרקעין" (פסקה 28). מהיכן נובע משקל סגולי רב זה? במקום אחר מציינת חברתי כי לזכות האובליגטורית של הקונה כלפי המוכר יש "מעמד איתן" (פסקה 26). מהו המקור לאיתנות זאת, אם כל שיש לו לקונה הוא זכות אובליגטורית כלפי המוכר? האם אין חברתי מניחה את שעליה להוכיח? אכן, כמו חברתי אף אני סבור כי לקונה בעיסקת מכר "זכויות מהותיות בנכס מסויים". לדעתי, אין הוא אך בעל זכות אובליגטורית. עתה עלי לבסס עמדתי זו.

3. בספרות הרבה בנושא זה (המובאת אצל חברתי) הצביעו על שני מקורות עיקריים, המבססים את האינטרס של הקונה בנכס עצמו. המקור האחד הוא בדינים בדבר עיסקאות נוגדות (סעיף 9 לחוק המקרקעין, ומקבילו סעיף 12 לחוק המיטלטליון, התשל"א 1971-; להלן - חוק המיטלטליון); המקור האחר הוא בדיני הנאמנות הקונסטרוקטיבית (ראו בעיקר נ' כהן, התערבות ביחסים חוזיים (1982); ד' פרידמן, דיני עשיית עושר

ולא במשפט (1998)). לצורכי ערעור זה די לנו במקור הראשון, ובו אתמקד. אעיר לבסוף מספר הערות באשר למקור השני.

עיסקות נוגדות

4. הפרופוזיציה אותה אבקש לבסס היא זו: כאשר מוכר מתחייב להקנות בעלות במקרקעין או במיטלטלין לקונה, משתכללת אצל הקונה זכות שביושר. זוהי זכות "מעין קניינית". היא פועלת כלפי צדדים שלישיים. מכוחה של זכות זו ניתן לומר כי יש לקונה "זכויות מהותיות בנכס מסויים". כתוצאה מכך נשלל מנושה - בין נושה מכוח עיסקה נוגדת ובין נושה מכוח נשיה שאינה קשורה כלל לנכס - הכוח לממש את זכותו כלפי החייב-המוכר באמצעות הנכס הנמכר. על כן מתגבר הקונה על נושה של המוכר, המטיל עיקול על הנכס. לעניין זה, אין כל נפקות לרישום העיקול במרשם המקרקעין. פרופוזיציה זו אינה מוגבלת אך להקנייתו של זכות הבעלות. היא חלה על הקנייה של כל זכות אחרת במקרקעין או במיטלטלין. בהמשך אעסוק בעיסקה של הקניית בעלות. כן אניח כי הקונה שילם את מלוא המחיר.

5. מוכר מתחייב להקנות בעלות בנכס (מקרקעין או מיטלטלין) לקונה. מהי זכותו של הקונה? האם היא זכות אובליגטורית או קניינית? גישתי הינה, כי לשאלה זו אין תשובה אחת ויחידה, מעבר לתשובה כי הכל מותנה בהקשר בו מתעוררת השאלה (ראה י. ויסמן, דיני קניין: חלק כללי 47 (1993)). כל מושגיות היא תלוית הקשר. כך, למשל, פסקנו כי חיוב הוא "קניינו של אדם" לעניין ההגנה החוקתית עליו (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט' (4) 221). אותו חיוב בוודאי לא יהיה "קניינו של אדם" לעניין דינים המפקיעים "זכות או טובת הנאה במקרקעין" (ראו ע"א 309/54 נאמן נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר תל-אביב-יפו, פ"ד י' (1942)). נמצא, כי לשאלה "מה זכותו של קונה בהתחייבות להקנות לו נכס" תהיינה תשובות שונות על פי ההקשר הנורמטיבי בו תתעורר השאלה. עמדתי על כך באחת הפרשות בציני:

"כשלעצמי סובר אני, כי הטבעת תווית של 'חיוב' או 'קניין' אינה צריכה להיעשות על פי שיקולים כלליים ומופשטים, אלא חייבת להיות מעוגנת במציאות משפטית-עובדתית-קונקרטית. מוסד משפטי פלוני - כגון זכותו של אדם, כלפיו התחייבו לעשות עיסקה במקרקעין - עשוי להיות שייך לתחום החיובים לצורך סוגיה אחת, ועשוי להשתייך לתחום הקניינים לצורך סוגיה אחרת" (פרשת ורטהיימר, עמ' 269).

אכן, עלינו להתרחק מתורת משפט של מושגים (ראו דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). מושגי המשפט, כגון בעלות, קניין וחיוב, אינם מציאות שאנו חייבים לקבלה כנתון. הם קונסטרוקציה הבאה לשרת את האדם. גישתנו צריכה להיות תכליתית. עלינו להתמקד במהות ולא ב"מדבקה" הפורמלית הניתנת לה

(ראה פרשת בן-צבי, בעמ' 23). יחד עם זאת, למושגיות התיאורית חשיבה מרובה. היא מסכמת את הנסיון

האנושי המצטבר. היא מהווה נקודת מוצא נוחה לעיון ולבחינה. עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:

"עם זאת אל לנו להתעלם ממושגי המשפט. איננו נדרשים להמציא בכל עת מחדש את הגלגל. מושגי המשפט משקפים תבונה ונסיון של דורות. הם מבטיחים יציבות וודאות. בכך חשיבותם. הם מזככים את מחשבתנו. הם מבטיחים כי נשקול את מכלול השיקולים הראויים. אכן, מושגי המשפט הם נקודות מוצא ראויות. מכאן חשיבותם. אל להם להפך לנקודות סיום מחייבות. מכאן סכנתם. אכן, תורת המשפט מפתחת מושגי משפט. לכל מסורת ותרבות משפטית מושגי משפט ותורת משפט משלה. לאלה חשיבות רבה. הם מסכמים את הנסיון המשפטי המצטבר. המשפט אינו צריך להתחיל את עיונו מבראשית. הוא רשאי וצריך להמשיך במקום שסיימו קודמיו. אין צורך להתחיל תמיד מלוח חלק. זאת ועוד: ההנחה עשויה להיות, כי יוצרי הנורמות הניחו את המושגיות הקיימת כתשתית ליצירתם. כמו כן, בכך ניתן להבטיח יציבות, בטחון ושמירת המסורת. עם זאת, מושגי המשפט אינם אדונים. אין הם אלא עזרים מסייעים. הם פרי השקילה והאיזון בין שיקולים מתנגשים. הם תוצאה של התנגשות בין ערכים נוגדים. אין הם הערכים עצמם. על כן, עלינו להעזר במושגים היוריספרודנטליים. עלינו לראות בהם מסד לפעולותינו. אך עלינו להיות מוכנים, בכל מקרה, לסטות ממושגיות קיימת, לשנותה או לבנות מושגיות חדשה. איננו חיים עוד בעולם של מושגים. העיקר הוא המטרה החברתית שהמשפט נועד להגשים, ולא המושגים שבהם עוטה המשפט" (דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם)).

6. השאלה אותה יש להציג אינה, איפוא, השאלה הכללית מהי זכותו של קונה בהתחייבות למכר מקרקעין או מיטלטלין לכל דבר ועניין? האם זו זכות אובליגטורית או זכות קניינית או מעין קניינית בכל הקשר? השאלה אותה יש להציג בערעור זה, הינה, איפוא, השאלה הספציפית הבאה: האם נושה של מוכר זכאי לעקל את הנכס שהמוכר התחייב למכור לקונה? תשובתי לשאלה זו הינה, כי בהתחייבות למכירת נכס (מקרקעין או מיטלטלין) רוכש הקונה זכות שביושר המעניקה לו "זכות מהותי בנכס מסויים". המאפיין זכות זו, הוא כי היא אינה אך כלפי המוכר. היא פועלת כלפי "כולי עלמא" ("זכות חפצא"; זכות rem in), למעט קונה בשוק הפתוח או רוכש הזכות בתמורה ובתום לב (ובמקרקעין מוסדרים - ברישום שנעשה בעוד הקונה פועל בתום לב). זכות שביושר זו של הקונה פועלת כלפי כל נושה של המוכר. הנושה אינו יכול "לרדת" לזכות שביושר של הקונה. ממילא הוא אינו יכול לעקל אותה. לביסוסן של מסקנות אלה אעבור עתה.

7. בהתחייבות למכירת נכס (מקרקעין או מיטלטלין) נוצר חיוב בין הקונה למוכר. תוכנו של חיוב זה נקבע על ידי דיני החוזים בכלל, ועל ידי הדינים הקשורים למכר (ובהם חוק המכר, התשכ"ח 1968-) בפרט. החיוב המרכזי של המוכר הוא "למסור לקונה את הממכר ולהעביר לו את הבעלות בו" (סעיף 7 לחוק המכר). בשל קיומו של חיוב (חוזי) בין המוכר לקונה, מוטלת גם חובה על צדדים שלישיים שלא לגרום להפרת אותו חיוב (סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; להבחנה בין "חיוב" (של המוכר כלפי הקונה) לבין "חיוב" של צד

שלישי שלא לגרום להפרת החיוב, ראו לבונטין, "זכות קניין - מהי?", משפטים ט 384, 396, 398 (תשל"ט). חובה זו מותנית בכך שהמפר פועל "ביוזעין ובלי צידוק מספיק". חובה זו אינה מופרת, כמובן, אם המוכר נוטל על עצמו חיוב כספי (או כל חיוב אחר שאינו נוגע לנכס נשוא ההתחייבות למכר) כלפי נושה. ההתחייבות של המוכר כלפי הקונה לחוד, והחיוב של המוכר-החייב כלפי הנושה לחוד. כדי לצאת ידי החיוב האחד אין מפירים את החיוב האחר. אין לנו עניין כלל בעיסקאות נוגדות.

8. להבטחת ביצועו של חיוב, רשאי נושה לעקל נכס השייך לחייב. העיקול משתכלל עם "שימת יד" על הנכס. מטרת העיקול ל"עכב" כל דיספוזיציה בנכס, ובכך להמריץ את החייב לקיים את חיובו כלפי הנושה. על כן, רשאי הקונה - כנושה של המוכר וכצד שלישי ליחסים שבין המוכר לנושיו האחרים - להטיל עיקול על הנכס נשוא ההתחייבות למכר. בהטלת עיקול זה לא מופרת כל זכות של צד שלישי הנושה במוכר. המוכר חייב לבצע הן את חיובו כלפי הקונה והן את חיובו כלפי נושה (צד שלישי). חיובים אלה אינם סותרים זה את זה. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם רשאי נושה של המוכר - שהוא צד שלישי ביחסים שבין המוכר לקונה - להטיל עיקול על הנכס נשוא ההתחייבות למכר ובכך למנוע מהמוכר מלמלא את חובתו כלפי הקונה? לשאלה זו היבט נזיקי. השאלה הינה, אם בהטלת העיקול אין הנושה (הצד השלישי) גורם למוכר להפר את התחייבותו כלפי הקונה (סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]). אך לשאלה זו גם היבט קנייני. זהו ההיבט בו אנו עוסקים עתה. השאלה הקניינית היא זו: נושה של החייב-המוכר רשאי להטיל עיקול על זכות של החייב-המוכר. באין לחייב-המוכר זכות, אין הנושה יכול לעקלה. "כלל גדול הוא כי אין נושה יכול להטיל עיקול על זכות שאינה מצויה עוד בידי חייבו" (השופט אנגלרד בע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד (טרם פורסם)). האין לומר, כי שעה שהחייב עשה עיסקה שיש בה התחייבות למכור נכס לקונה, הזכויות שביושר בנכס הן של הקונה, ואין לו לחייב-המוכר זכות בנכס המאפשר לנושה לעקלה?

9. הנה כי כן, כדי להשיב על השאלה אם הנושה של המוכר-החייב רשאי להטיל עיקול על נכס אותו התחייב המוכר למכור לקונה, עלינו לבחון את זיקתם של המוכר ושל הקונה לאותו נכס. עלינו להשיב על השאלה, אם הנכס נשוא ההתחייבות הוא "של" המוכר או "של" הקונה? האם זיקתו של המוכר לנכס היא כזו המאפשרת לנושיו לעכב דיספוזיציות באותו נכס? פשיטא, שאם המוכר התחייב למכור לקונה נכס שאינו כלל בבעלותו - ודבר זה אפשרי הוא בשיטתנו (השוו סעיף 2 לחוק המכר) - אין הנושה של המוכר רשאי לעקל אותו נכס, גם אם הוא מצוי בחזקת המוכר. כדי שהנושה יוכל לעקל את הנכס, צריכה להתקיים זיקה מספקת של המוכר לאותו נכס. האם זיקה כזו קיימת כאשר המוכר התחייב למכור נכס המצוי בבעלותו שלו?

10. שאלות אלה ואחרות מנקזות עצמן לבחינת הזיקה של המוכר והקונה לנכס נשוא ההתחייבות, ולבחינת מעמדו של נושה של המוכר ביחס לזיקה זו. בבחינתה של זיקה זו נוכל להיעזר במושגיות של חיוב וקניין, של זכות אובליגטורית וזכות קניינית של זכות מעין קניינית ושל זכות שביושר. מושגיות זו תסייע לנו בקביעתן של הזיקות הנדרשות לקביעת מעמדו של הנושה. ודוק: התווית של "חיוב", "קניין", "מעין קניין" ו"זכות שביושר" - לא הן הקובעות את התוצאה. התוצאה נקבעת על פי ניתוח ההסדר הנורמטיבי העולה ממעמד הצדדים. התוויות השונות מסייעות לנו בחשיבה. הן מקצרות את דרכינו ומאפשרות לנו להבין את זה. על רקע זה נוכל לקצר בלשונו ולומר, כי אם לקונה זכות שביושר בנכס, הרי בידו זכות הפועלת מעבר למוכר כלפי צדדים שלישיים (למעט רכש בשוק הפתוח, או מי שקנה וקיבל הנכס בתמורה ובתום לב - ובמקרקעין, ברישום הנכס בעודם בתום לב). על כן, נושה "רגיל" של החייב-המוכר - כלומר, נושה מכוח חיוב שאינו קשור לנכס כלל - אינו יכול להתגבר על הזכות שביושר של הקונה. ככל הנוגע לנושה, בעלותו של המוכר-החייב כפופה לזכות שביושר של הקונה. זכות שביושר זו פועלת, על פי טיבעה, לא רק כלפי המוכר-החייב, אלא גם כלפי הנושה. נמצא, כי אם לקונה זכות שביושר בנכס, הנושה של המוכר-החייב אינו יכול "לרדת" אל הנכס, וממילא גם אינו יכול לעקל אותו. כותבת פרופ' כהן:

"אם נאמר שזכותו של רכש הדירה היא חוזית גרידא, לא יצליח הרכש להיות עדיף על פני נושה של המוכר; מעמדו של הרכש יהיה כמעמדו של נושה רגיל, ובעצם מעמד שניהם יהיה שווה, ואילו אם זכותו של הקונה בעלת אופי קנייני, הוא יהיה עדיף על צדדים מתחרים, לרבות נושים, שהרי זה כוחה של הזכות הקניינית; בעל הקניין זכאי לעדיפות כלפי נושים אחרים. וכן זכאי הוא לעקוב אחר הנכס שלו, גם אם זה הגיע לידיים זרות" (כהן, "חזקה של קטינה לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", הפרקליט מא 161, 172 (1993) - להלן, "חזקה של קטינה").

אלה הן "זכויות מהותיות בנכס מסויים" שיש לקונה אשר עליו כתבה חברתי השופטת שטרסברג-כהן. מכוחן של אלה ניתן לומר - כפי שחברתי, השופטת שטרסברג-כהן קובעת - כי זכותו של הקונה היא זכות "בעלת משקל רב" (פסקה 28). הנה כי כן, השאלה הניצבת בפנינו הינה, אם יש לו לקונה זכות שביושר בנכס אותו התחייב המוכר למכור לו? לבחינתה של שאלה זו נפנה עתה.

11. מוכר התחייב למכור נכס (מקרקעין או מיטלטלין) לקונה. מהן התוצאות הנורמטיביות כלפי נושה של המוכר המבקש לעקל את הנכס? פשיטא, שהבעלות בנכס נשארת בידי המוכר, שהרי עניין לנו בהתחייבות למכר ולא במכר (ריאלי). מהי זיקתו של המוכר לנכס שבבעלותו? האם רשאי נושה של המוכר "לרדת" לנכס, המצוי עדיין בבעלותו של המוכר, ולהיפרע ממנו? האם נושיו של המוכר יכולים לעכב דיספוזיציות בנכס זה? תשובה ישירה על שאלה זו לא נמצא בקודיפיקציה האזרחית שלנו. חוק המקרקעין וחוק המיטלטלין אינם

עוסקים בכך במישרין. עם זאת יש בהסדרה של הקודיפיקציה האזרחית שלנו תשובה עקיפה לשאלה זו. תשובה זו תמצא, בראש ובראשונה, בדינים בדבר עיסקאות נוגדות.

12. סעיף 9 לחוק המקרקעין - אשר כותרתו הינה "עיסקאות נוגדות" - קובע:

"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".

הוראה מקבילה מצויה בסעיף 12 לחוק המיטלטלין. אף כותרתה של זו "עיסקאות נוגדות". וזו לשונה:

"התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או היקנה לו את הזכות חזרה והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעיסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה - זכותו עדיפה".

מה משמיעות לנו הוראות אלה?

13. הוראות אלה קובעות כי בתחרות בין קונה ראשון לקונה שני, העדיפות ניתנת לקונה הראשון. עדיפות זו תיעלם, ותינתן עדיפות לקונה השני, אם הוא קנה וקיבל אותו - ובמקרקעין רשם הדבר במרשם המקרקעין - בתמורה ובתום לב. לקביעה זו משמעות כפולה: ראשית, זכותו של הקונה הראשון כלפי המוכר עדיפה על זכותו של הקונה השני כלפי המוכר, גם אם הקונה השני רכש בעלות בנכס, ובלבד שבעת רכישת הבעלות הוא ידע על זכותו של הקונה הראשון; שנית, בכוחו של הקונה לאכוף את זכותו לנכס, בין אם הנכס מצוי בידי המוכר ובין אם הנכס מצוי בידי הקונה השני (פרשת ורטהיימר, עמ' 268). אם הקונה השני מכר את זכותו לקונה שלישי, גם קונה שלישי זה כפוף לזכות האכיפה של הקונה הראשון, שכן אין אדם מעביר יותר זכויות משיש לו. רק אם הקונה השני או השלישי קנה בתמורה בשוק פתוח (במיטלטלין - סעיף 34 לחוק המכר; במקרקעין מוסדרים - רישום על פי סעיף 10 לחוק המקרקעין), או שבעת הקניה בתמורה - אף שאינה בשוק פתוח - היה תם לב, יוכל הוא לגבור על זכותו של הקונה הראשון והשני (השוו רע"א 2267/95 האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854, 872). מהי המסקנה המושגית שניתן להסיק מהסדר נורמטיבי זה? המסקנה היא זו: לקונה הראשון זכות שביושר בנכס נשוא ההתחייבות למכר. יש לו אינטרס בנכס; הקונה השני אינו יכול לרדת לנכס שבידי המוכר ולהיפרע ממנו. נהפוך הוא: אם הנכס מצוי בידי הקונה השני, הקונה הראשון יכול לרדת לנכס, ולטרפו ממנו. אכן, לעניין זכותו של הקונה השני, הנכס הוא "של" הקונה הראשון, גם אם הבעלות בו היא בידי

המוכר. עם זאת, קניינו של הקונה הראשון אינו שלם. הוא אינו בעלים. זכותו היא "זכות שביושר" בלבד. עמד על כך השופט זוסמן בציינו:

"סעיף 12 [לחוק המיטלטלין] כאחיו ורעו סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט 1969-, מעמיד, בלשון אחד המלומדים, 'זכויות מן היושר תוצרת הארץ'. באספקלריה של דיני החיובים, משמכר אדם אותו חפץ לשניים, הזכויות של שני הקונים לעולם לא יהיו נוגדות, אלא המוכר חב לשניהם. לא יבצעו את החוזה בעין אלא לטובת קונה אחד, מפני שיותר ממכר אחד אינו בנמצא, אבל השני יגבה פיצויים. ניגוד של זכויות נוצר רק עקב הלכת המחוקק הישראלי, אשר בשני המקרים בהם מדובר בסעיפים הנ"ל, נתן לקונה, נוסף על זכותו האובליגטורית גם מעין זכות קניינית מן היושר (הישראלי), אשר על-פיה יש בידו להוציא את הממכר מהקונה השני" (ע"א 181/73 שטוקמן נ' ספיטאני, פ"ד כח(2) 182, 187).

אכן, אילו השקיף המחוקק על זכותו של הקונה הראשון - כמו גם על זכותו של הקונה השני - כעל זכות אובליגטורית גרידא לא היה עוסק כלל "בעסקאות נוגדות", שכן "באספקלריה של דיני החיובים, משמכר אדם אותו חפץ לשניים, הזכויות של שני הקונים לעולם לא יהיו נוגדות, אלא המוכר חב לשניהם" (שם, שם). ראיית החוק את שתי ההתחייבויות למכר כעסקאות נוגדות, והפתרון שניתן לניגוד "נותן לקונה נוסף על זכותו האובליגטורית גם מעין זכות קניינית מן היושר (הישראלי)" (שם, שם).

14. עתה נצמד צעד נוסף: מכיוון שהקונה השני אינו יכול לאכוף את זכותו ולקבל הנכס מידי המוכר, הוא גם אינו יכול לעקל את הנכס. עיקול כזה יעמוד בניגוד לזכותו של הקונה הראשון כלפיו, ובניגוד לכוח האכיפה של הקונה הראשון. תרופתו של הקונה השני אינה כלפי הקונה הראשון. הקונה השני אינו רשאי לפגוע בנכס "השייך" לקונה הראשון. תרופתו של הקונה השני היא כלפי המוכר, וכלפי קניינו שלו (למעט הנכס של הקונה הראשון, המצוי עדיין בבעלות המוכר). אכן, הכרה בכוחו של הקונה השני לעקל הנכס פוגעת במישרין בזכותו של הקונה הראשון לאכוף את זכותו בנכס. עיקול זה מסכל את עדיפותו של הקונה הראשון. אין להכיר בו (ראו כהן, חוזה של קטינה, עמ' 175). לעניין זה, אין כל חשיבות לעובדה, שהקונה השני רשם העיקול במרשם המקרקעין. רישום כזה אינו יכול להעניק לו זכויות שחוק המקרקעין אינו מכיר בהן. רישום כזה אינו יכול לפגוע בקניין שביושר של הקונה הראשון. רק רישום בעלותו של הקונה השני במרשם המקרקעין - רישום הנעשה בתום לב (או רישום על פי סעיף 10 לחוק המקרקעין) - יוכל לפגוע בקניינו של הקונה הראשון. רישום העיקול לא מעלה ולא מוריד.

15. וכעת עלינו לבצע את הצעד האחרון: אם הקונה השני אינו יכול לעקל את הנכס שבידי המוכר, פשיטא שנושה "סתם" - אשר כלפיו לא התחייב המוכר כלל למכור לו הנכס ואשר אינו יכול לגבור על הקניין שביושר של הקונה הראשון - אינו יכול לעקל את הנכס שבידי המוכר. ברור הוא כי זכותו של נושה "סתם" לעקל הנכס שבידי

המוכר אינה יכולה להיות גדולה מזכותו של הקונה השני עצמו. שכן זאת יש לזכור: הקונה השני הוא נושה של המוכר. הנשיה שלו נוצרה בקשר לנכס אותו הוא מבקש לעקל. חרף זאת, הדינים בדבר עיסקה נוגדת שוללים ממנו כל קניין בנכס. הם הופכים אותו לנושה רגיל שאינו יכול לעקל הנכס כי בכך הוא יפגע בזכותו של הקונה הראשון לאכופ את זכותו. אם נושה זה אינו יכול לעקל הנכס, כיצד יוכל נושה שנשייתו אינה קשורה כלל בנכס לעקלו? לעניין זה אין כל חשיבות לכך שהעיקול נרשם במרשם המקרקעין. רישום זה אינו משנה את אופי זכותו של הנושה. היא היתה ונשארה זכות אובליגטורית, שאינה מאפשרת - בהיעדר הוראה בעניין זה - לפגוע בקניין שביושר של הקונה.

16. מהם המאפיינים של זכות הקונה הראשון בנכס? כפי שראינו, אין לו בעלות בנכס. מכיוון שהוא אינו הבעלים, אין צורך דווקא בהסדרים של שוק פתוח כדי להתגבר על קניינו. אין גם לומר שיש לו זכות שכירות, משכון, משכנתא או זיקת הנאה. אין לו, איפוא, זכות קניינית "מן השורה". מהו איפוא טיב זכותו של הקונה הראשון? התשובה הינה, כי יש לו "מעין קניין" או "קניין שביושר". זכות זו מעוגנת בהוראות החקיקה בעניין עיסקאות נוגדות. כדי להתגבר עליה, יש לקיים תנאים של שוק פתוח או למצער תנאים של הקניה מהמוכר בתמורה ובתום לב. בהיות הזכות בעלת אופי מעין קנייני היא מאפשרת עקיבה. על כן, אם הנכס נמסר לחזקתו של צד שלישי - כגון נושה של המוכר שעיקל הנכס אצל המוכר - או קונה שני מהמוכר, או קונה מהקונה השני - זכאי הקונה הראשון לעקוב אחר הנכס, ולקבלו לידו. אם הנכס נמכר באופן השולל את הזכות שביושר של הקונה הראשון, זכאי הוא לדמי הנכס ממי שמכרו (ראו ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט 1097 (כרך ב', 1998)). הנה כי כן, כוחו של קניין שביושר גדול מכוחה של זכות אובליגטורית, שכן הוא פועל גם כלפי מי שקנה הנכס בעיסקה נוגדת, ובמקרקעין, הוא פועל גם כלפי קונה אשר הפך להיות בעל המקרקעין בשל רישום במרשם המקרקעין, ובלבד שבעת הרישום הוא לא פעל בתום לב. יש לו, לבעל הקניין שביושר, אינטרס בנכס. ניתן לומר עליו, שהנכס הוא "שלו". עם זאת, כוחו של קניין שביושר קטן מכוחו של קניין "מן השורה", שכן - להבדיל מקניין "מן השורה" עליו ניתן להתגבר רק באמצעות רכישה בשוק הפתוח - ניתן להתגבר על קניין שביושר גם בלא רכישה בשוק הפתוח. די במימוש התחייבות המוכר כלפי קונה שני, שנעשתה בתמורה בתום לב (ובמקרקעין מוסדרים - ברישום). על כן ניתן לראות בו "מעין קניין". מכאן הביטוי "קניין שביושר".

17. תיאור זכותו של הקונה (הראשון) כקניין שביושר אינו משקף את מלוא מורכבותו. העמקה נוספת בו חורגת מצרכיו של ערעור זה. כך, למשל, יהיה צורך בהמשך לבחון, בין השאר, את היחס בין דיני הקניין שביושר לבין דיני הערת האזהרה (על כך, כהן, חוצה של קטינה). שאלה נוספת הינה זו הקשורה במצבים בהם הקונה טרם שילם את מלוא המחיר. על ענין זה עמד חברי, השופט אנגלרד. עמדתו העקרונית נראית לי. הנני סבור כי אין לגרוס כי מקום שקונה לא שילם את מלוא המחיר, יש לראות במוכר כבעלים שביושר כדי החלק

שלא שולם. לדעתי, עם כריתתה של העסקה (במקרקעין או במיטלטלין) עבר הקניין שביושר לידי הקונה. המוכר הופך להיות נושה של הקונה כדי חלק המחיר שלא שולם. אם הנכס נמצא בידי המוכר, הוא רשאי לעכב אותו (ראו סעיף 31 לחוק המכר, תשכ"ח 1968-; סעיף 11 לחוק המטלטלין). אם הנכס נמסר לקונה, אין למוכר זכות שביושר כלפי הקונה. מעמדו של הקונה ביחסיו עם המוכר כמעמד כל נושה אחר שלו (ראו: פרידמן, שם, עמ' 1093). מכאן מתבקשת המסקנה כי נושה של המוכר רשאי לעקל את זכותו של המוכר (ליתרת המחיר) כלפי הקונה. אבל הנושה של המוכר אינו יכול לעקל את הנכס הנמכר. זכותו הינה לעקל את הנשיה של המוכר כלפי הקונה. מתבקש מגישי ז', כי אין מקום "להחיות" - עם ביטול הלכת בוקר - את פרשת סיגלוב (ע"א 382/65 סיגלוב נ' עציון בע"מ, פ"ד כ(1) 442). אכן, ענין לנו בזכויות שביושר נוסח ישראל. אלה צריכות להתפתח על פי תפישותינו שלנו. ניתן ללמוד מהזכויות שביושר האנגליות אך אין מקום לאמצן כמות שהן. עם זאת, נראה כי גם במשפט האנגלי-אמריקאי, אין נושה של המוכר יכל לרדת לנכס הנמכר מרגע המכירה, וזאת גם אם הקונה לא שילם את מלוא המחירה (ראו: Boyer, Horencomp, Kurtz, The Law of Property 509 (1991))

פרשת בוקר

18. חברתי, השופט שטרסברג-כהן, ניתחה בהרחבה את זכותו של הקונה (הראשון) על פי ההלכה הפסוקה, בטרם הוחק חוק המקרקעין. הגישה שהתקבלה ראתה בזכותו של הקונה (הראשון) כזכות שביושר (זכות אקזיטבילית). בתי המשפט הזרימו, בעניין זה, למשפט הארץ את ההלכות האנגליות (ראו בעיקר ד"נ 30/67 שטרן נ' שטרן, פ"ד כב(2) 342). חוק המקרקעין הפסיק הזרמה זו בכל הנוגע לענייני מקרקעין (סעיף 160 לחוק המקרקעין). אך חוק המקרקעין הרחיק לכת. הוא קבע - בסעיף 161 שכותרתו "שלילת זכויות שביושר" - כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". בפרשת בוקר פסק בית המשפט העליון כי בכך בוטלו ההלכות שראו בזכותו של הקונה (הראשון) כזכות שביושר (זכות אקזיטבילית). כותב השופט לנדוי:

"המחוקק לא רצה עוד בזכות קניינית של מי שהתקשר לקניית זכות במקרקעין, לפי המתכונת של דיני היושר האנגליים, אלא כל עוד לא נגמרה עיסקת הרכישה ברישום, כדורש לפי סעיף 7(א) של החוק, נשארת זכותו של הרוכש זכות חוזית בלבד הקושרת את הצדדים לחוזה אך לא לצד שלישי" (פרשת בוקר, עמ' 134).

וברוח דומה כתב מ"מ הנשיא, השופט זוסמן:

"אין ספק בכך, שהמחוקק התכוון לנתק דיני מקרקעין בישראל מדיני היושר האנגליים. בכך נשמט היסוד מתחת לתביעת הקונים. אם אין בידם לסמוך טענת העדיפות כלפי העיקול על זכות קודמת שביושר... על מה יסמכוה?" (שם, עמ' 137).

השופט לנדוי ניתח את דיני העיסקאות הנוגדות. הוא לא ראה בהן מקור לזכויות שביושר. הוא ציין כי להוראה זו "אין השפעה על הבעיה שלפנינו" (שם, עמ' 134).

19. בדיון נפסק בפרשת בוקר, כי מאז חוק המקרקעין אין להזרים בענייני מקרקעין למשפט הישראלי את הלכות המקרקעין האנגליות. הזרמה זו בוטלה בכל העניינים עם חקיקתו של חוק יסודות המשפט, התש"ס1980- (סעיף 2(א)). כן צדק בית המשפט בפרשת בוקר, בקבעו כי דיני היושר האנגליים שביססו את זכות הקונה (הראשון) כזכות שביושר בוטלו. המחלוקת שלי עם פרשת בוקר הינה בכך שהיא לא היתה מוכנה להחליף את דיני היושר האנגליים שבוטלו, בדיני יושר חדשים "נוסח ישראל", המעוגנים בדיני העיסקאות הנוגדות. בית המשפט לא העריך את חשיבותו של סעיף 9 לסוגיה שלפנינו. הוא ראה בו הסדר ספציפי בעניין נקודתי שעניינו תחרות של זכויות. הוא לא השקיע עליו כהוראה בסיסית המסדירה את מלוא ההיקף של זכות הקונה (הראשון). בכך שונה דעתי מגישתו של בית המשפט בפרשת בוקר. סעיף 9 לחוק המקרקעין - כרעהו סעיף 12 לחוק המיטלטלין - מבטא תפיסת עומק ורוחב, המעגנת בחובה הסדר מקיף של זכות הקונה (הראשון). היא משפיעה על כן לא רק על עיסקאות נוגדות, אלא גם על זכותו של נושה לעקל נכס שהחייב התחייב למכור לקונה. מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, הכיר בחשיבותה של ההוראה באשר לעיסקאות נוגדות בקביעת זכותו של הקונה (הראשון). הוא ציין בפרשה שנפסקה כשלוש שנים לאחר פרשת בוקר, כי:

"סעיף 12 הנ"ל כאחיו ורעו סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט1969-, מעמיד, בלשון אחד המלומדים, 'זכויות מן היושר תוצרת הארץ' (ע"א 181/73 שטוקמן נ' ספיטאני, פ"ד כח(2) 182, 187).

"זכויות מן היושר תוצרת הארץ" חלות בהתחייבות לקניית מיטלטלין. מדוע לא יחולו בהתחייבות לקניית מקרקעין? אמת, "שלילת זכויות שביושר" (שבסעיף 161 לחוק המקרקעין) חלה במקרקעין ולא במיטלטלין. אך מדוע אין לפרש שלילה זו כמתייחסת לדיני היושר האנגליים? מדוע אין לקיים "זכויות מן היושר תוצרת הארץ"? כלום יש צידוק ענייני להבחנה בין מקרקעין למיטלטלין - שבאחד (מקרקעין) אין כלל זכויות שביושר, ואילו בשני (מיטלטלין) קיימות זכויות שביושר, הנגזרות מאז חקיקתו של חוק המיטלטלין לא מהמשפט האנגלי אלא מהוראת סעיף 12 לחוק המיטלטלין? אם ההוראה בעניין עיסקאות נוגדות אוצרת כוח בקירבה להקים זכויות שביושר תוצרת הארץ לקונה (ראשון) של מיטלטלין, מדוע אין בכוחה להקים זכויות שביושר תוצרת הארץ לקונה (ראשון) במקרקעין? התשובה שניתנה לשאלות אלה בפרשת בוקר היתה, כי בדיני מקרקעין יש צורך לשמור על "ערכו המעמיד (הקונסטטוטבי) של הרישום בפנקסי המקרקעין וחזיק אמינותם של הפנקסים" (שם, בעמ' 134, מפי השופט לנדוי). אך ההגנה על ערכו המעמיד של המרשם אינה חזות הכל. בעניין זה מצטרף אני לעמדתה של חברתי השופטת שטרסברג-כהן, שניתחה יפה סוגיה זו על היבטיה השונים.

20. כפי שציין מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, אחד המלומדים ציין כי סעיף 9 לחוק המקרקעין מעמיד זכויות

שביושר "תוצרת הארץ". המלומד הוא פרופ' וייסמן. בסמוך לאחר חקיקתו של חוק המקרקעין הוא כתב:

"העיקרון המרכזי שבדיני היושר Equity looks on that as done which ought to be done, המשתקף בהלכה שזכות הנובעת מהתחייבות לביצוע עיסקה במקרקעין, עדיפה - עוד בטרם בוצעה ההתחייבות - על זכויות הנובעות מעסקאות מאוחרות יותר, שכבר הושלמו, פרט לזכויות שנרכשו בתמורה ובתום לב, עיקרון זה אומץ אף על ידי חוק המקרקעין. ניתוקו הפורמלי של עיקרון זה מהמשפט האנגלי יאפשר לו מעתה להתפתח באופן עצמאי; אך היש לצפות בשל כך לשינוי מהפכני בנושא זה? הנסיון הישראלי בהפעלת הקניין שביושר שבדין האנגלי לא גילה בעבר תקלות חמורות, והשערותנו הינה, על כן, שהניתוק הפורמלי מהמשפט האנגלי לא יגרום לכך שדמותו של 'הקניין שביושר מתוצרת הארץ' תהא שונה באופן מהותי מהקניין שביושר האנגלי" (י' וייסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט 1969-: מגמות והישגים 13 האנגלי" (1970)).

הערכה זו של פרופ' וייסמן מתגשמת עתה, ולו באיחור ניכר. תורמים לכך גם דיני הנאמנות, הקבועים בחוק הנאמנות, המכירים גם הם בדיני יושר מתוצרת הארץ. עם זאת יש להדגיש: עניין לנו בהסדר ישראלי עצמאי. ניתן לקבל השראה פרשנית מהמשפט המשווה. אך אין לשעבד את הזכות שביושר הישראלית לאלו של המשפט האנגלי או האמריקני. יש ליתן מלוא התוקף להוראת סעיף 161 לחוק המקרקעין, אשר שלל את המשך תחולתן בישראל של הזכויות שביושר האנגליות. יש לאפשר לקניין שביושר תוצרת הארץ להתפתח כדין ישראלי עצמאי. זהו נטע ישראלי בקרקע ישראלית. עליו להצמיח פירוש ישראלי. עליו להתאים עצמו לשדה המשפט הישראלי. שדה זה הוא מורכב ושונה משדות זרים. די באיזכור הערת האזהרה היוצרת בעיות שאחרים לא ידעו. עלינו לנווט את דיני היושר שלנו על פי מכלול השיטה הישראלית.

21. בטרם אסיים הדיון בהלכת בוקר, מבקש אני להעיר שתי הערות: ראשית, הלכת בוקר שימשה בסיס

לתיקון בחוק המקרקעין (ראו חוק המקרקעין (תיקון מס' 2), התשל"ג 1972- (ס"ח 673, תשל"ג, עמ' 18)).

סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין תוקן לאחר הלכת בוקר. נקבע בו כדלקמן:

"נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין על זכות במקרקעין נשוא ההערה..., הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מהתחייבות נשוא ההערה..."

האין בהוראה זו כדי ליתן ביסוס חקיקתי להלכת בוקר, באופן שלא נוכל לסטות ממנה? חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, ניתחה סוגיה זו. לגישתה אני מסכים. בדרך כלל, חוק הבא לתקן פירוש של הוראת דין אינו מונע מבית המשפט מלשנות הפירוש שנתן, ולהעניק להוראת הדין פירוש שנראה לו כנכון. על כל פנים, התיקון

שהוכנס בסעיף 127(ב) לחוק המקרקעין הוא בעל היקף מוגבל. הוא דן במצב דברים שבו הקונה הראשון רשם הערת אזהרה. בכך הוא חיסן עצמו, על פי האמור בסעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, מפני עיקול על ידי נושה. הוראה זו מיותרת עתה. גם בלא הערת אזהרה, חסין הקונה הראשון מפני עיקול של הנושה. על כל פנים, אין בהוראה זו כדי לשנות מהדין מקום שהקונה הראשון לא רשם הערת אזהרה. זהו המקרה שלפנינו.

22. הערתי השניה היא זו: חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, מודעת כמובן לגישה עליה אני עומד בפסק דיני זה, לפיה דיני העיסקאות הנוגדות שוללים מהנושה של המוכר את הזכות לעקל את הנכס נשוא ההתחייבות למכר. חברתי אינה רואה בדיני העיסקאות הנוגדות פתרון לבעיה הניצבת בפנינו. לגישה, אין להסיק מדיני העיסקאות הנוגדות כי רק התחייבות מאוחרת (כלפי קונה שני) שנרשמה בתום לב גוברת על זכותו של הקונה הראשון. חברתי מציינת כי מתוך סעיף 9 לחוק המקרקעין:

"אין ללמוד... כי זכות אובליגטורית קודמת בלתי רשומה גוברת רק על זכות אובליגטורית מאוחרת שלא נרשמה בתום לב ובתמורה, כפי שאין ללמוד מתוכו כי רק זכות אובליגטורית מאוחרת שנרשמה בתום לב גוברת על זכות אובליגטורית קודמת בלתי רשומה וכי כל זכות מאוחרת אחרת שנרשמה בתום לב גוברת על התחייבות קודמת בלתי רשומה" (פסקה 26).

על פי גישה זו, אין דיני העיסקאות הנוגדות עוסקים כלל בזכויות אחרות (שאינן התחייבויות), כמו עיקול, ועניין של אלה לא מושפע כלל מדיני העיסקאות הנוגדות. זו, בעיקרו של דבר, גישתו של בית משפט זה בפרשת בוקר. דיני עיסקאות נוגדות לחוד ודיני עיקול לחוד. לגישה זו אין בידי להסכים. אמת, דיני העיסקאות הנוגדות, כשמן, עוסקים בהתנגשות בין התחייבויות נוגדות להענקת זכות במקרקעין או במיטלטלין. ניתן להקיש מהסדרים אלה למצבים נוספים של התחייבויות נוגדות (ראו פרשת בן-צבי, עמ' 24). עם זאת, מדיני העיסקאות הנוגדות עולים הסדרים נורמטיביים שיש להם השלכה מעבר לדיני העיסקאות הנוגדות. דיני העיסקאות הנוגדות קובעים הסדר, שיש לו השלכות רחב בכל שדה הקניין. אכן, מדיני העיסקאות הנוגדות אנו למדים כי התחייבות להקניית זכות בנכס מעניקה לקונה זכות שביושר בנכס. התחייבות להקניית נכס חדלה מלהיות התחייבות אובליגטורית גרידא. היא התחייבות אובליגטורית המצמיחה זכות מעין קניינית. מכאן אני למד כי עיקול אין בכוחו ל"התגבר" על זכות זו. על העיקול כתב השופט לנדוי בפרשת בוקר, כי:

"אין לו שום תוקף קנייני אלא כל כוחו רק בזה שהוא תופס בנכס של החייב כמצבו בעת הטלת העיקול והוא מונע מכאן ואילך את בעל הנכס מלהוציא מרשותו או לשעבדו לאחר" (שם, עמ' 135).

אם קונה שני, שעשה עיסקה עם המוכר באשר לאותו נכס, אין בכוחו לתפוס את הנכס, פשיטא שנושה מנשיה שאין לה כל קשר לנכס, לא יוכל לתפוס את הנכס. רישום העיקול במרשם המקרקעין בלא לדעת על זכותו של הקונה לא מעלה ולא מוריד. אם לעיקול אין תוקף קנייני לפני הרישום, אין לו תוקף קנייני לאחר הרישום. הרישום מהווה אך דרך להגשמת התפישה של הנכס במקרקעין. עלינו להבחין היטב בין רישום המשכיל קניין - כגון רישום בתום לב של עיסקה נוגדת - לבין רישום הבא לשכלל פעולה של עיקול. הרישום הראשון הוא בעל תוקף קנייני, כאמור בחוק המקרקעין. הרישום השני נעשה על פי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (תקנה 366), המפנות (בתקנה 375) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 (סעיף 34(ג)). על פי חוק ההוצאה לפועל, משנעשה רישום של העיקול "לא תיעשה ולא תירשם באותם מקרקעין כל פעולה מרצון - למעט פדיון משכנתא - אלא בהיתר מאת בית המשפט". בהפעילו את שיקול דעתו על בית המשפט בהחליטו אם ליתן היתר לבחון את הזכות על פי הדין המהותי. אם על פי הדין המהותי, זכותו של הקונה גוברת על העיקול, על בית המשפט ליתן היתר לביצוע פעולת הרישום. אכן, הנושה המעקל חייב להצביע על דין מהותי הנותן לו עדיפות על פני זכותו של הקונה. דין מהותי שכזה אינו קיים. נהפוך הוא: קיים דין מהותי - אלה הם דיני העיסקאות הנוגדות - מהם ניתן להסיק כי הקניין המלא בנכס אותו מבקשים לעקל שוב אינו של המוכר, וכי לקונה קניין שביושר באותו נכס, המזכה אותו להרשם כבעל הנכס. על כן אין לנושה (בין מנשיה הקשורה לנכס שלא נרשמה או מנשיה שאינה קשורה לנכס) כל זכות לרדת לנכס שהבעלות שביושר בו הינה של הקונה. ממילא אין לו זכות לעקל הנכס. עיקול זה עומד בניגוד לזכותו של הקונה לאכיפת זכותו, ובניגוד לזכותו להירשם כבעל הנכס.

נאמנות (קונסטרוקטיבית)

23. קניין שביושר של הקונה (הראשון) בנכס נשוא התחייבות למכר, ניתן לבסס על דיני הנאמנות הקבועים בחוק הנאמנות. על פי קונסטרוקציה זו רואים במוכר נאמן, ואילו בקונה נהנה. לנאמן בעלות שבדין בנכס. לנהנה בעלות שביושר - פרי הזכויות שביושר - בנכס. קונסטרוקציה זו עומדת על רגליה היא וללא קשר לדיני עיסקאות נוגדות. על פיה אין לנהוג עוד על פי הלכת בוקר מאז חוק חוק הנאמנות. חברתי, השופט שטרסברג-כהן, עמדה על הדעות השונות בעניין זה. קונסטרוקציה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. היא עומדת בפני שני קשיים עיקריים: ראשית, מהו המקור המשפטי לראיית הבעלים כנאמן והקונה (הראשון) כנהנה? חוק הנאמנות קובע כי "נאמנות נוצרת על פי חוק, על פי חוזה עם נאמן או על פי כתב הקדש" (סעיף 2). אם הדינים בדבר עיסקאות נוגדות אינם יוצרים זכות זו, הרי מקורה צריך להיות בחוזה. האם ניתן לראות בהתחייבות למכר כחוזה היוצר נאמנות? בהיעדר הוראה מפורשת בעניין זה, האם הסדר נאמנות משתמע? האם עלינו לומר כי חוזה המכר חסר (יש בו לאקונה) אשר השלמתו על פי עיקרון תום הלב מכניסה לתוכו הסדר של נאמנות (קונסטרוקטיבית)? ואולי עניין לנו בחסר בחוק הנאמנות עצמו? יתכן גם שעניין לנו בפיתוח הלכתי

הפועל מחוץ לחוק הנאמנות. אמת, פיתוח זה יוצר "זכויות במקרקעין" ולכאורה הוא אסור מכוח הוראת סעיף 161 לחוק המקרקעין ("מתחולת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק"). אך יתכן וניתן לפרש איסור זה כמכוון לאוטונומיה של הרצון הפרטי (כגון, חוזה) ולא לפיתוח הלכתי (ראו דויטש, שם, עמ' 93). קושי שני שקונסטרוקציית הנאמנות מציבה הוא זה: סעיף 5 לחוק הנאמנות קובע כי "כוחה של נאמנות יפה כלפי כל מי שידע או שהיה עליו לדעת עליה". נפסק כי כוחה של הנאמנות אינו יפה כלפי נושה של הנאמן (מחוב "פרטי") שאינו יודע ושלא צריך היה לדעת על הנאמנות (ראו ע"א 654/82 סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' חיות, פ"ד לט(3) 803, 809; ע"א 371/89 פורד נ' חיים שכטר חברה לבניין והשקעות בע"מ בפירוק, פ"ד מו(1) 149, 155). אם פסיקה זו בדין יסודה, כי אז התועלת שתצימח לקונה (הראשון) ביחסיו עם הנושה של המוכר מהקונסטרוקציה של נאמנות (קונסטרוקטיבית) היא מוגבלת. בשל קשיים אלה מבקש אני להשאיר קונסטרוקציה זו בצריך עיון. נזקקו לה בספרות כדרך לעקוף את הלכת בוקר. מששונתה הלכה זו בפסק דינו זה, שוב אין צורך חיוני להתמודד עם קונסטרוקציה זו. כאשר יעלה הצורך, נבחן אותה לפרטיה. די לנו, בגדרי ערעור זה, בקונסטרוקציה של עיסקאות נוגדות, והמשתמע מהן.

סוף דבר

24. מסקנתי הינה כי עיסקה למכר (מקרקעין או מיטלטלין) מעניקה לקונה זכות שביושר בנכס. זכות זו היא מעין זכות קניין. היא פועלת כלפי כל אדם, למעט קונה בשוק הפתוח או קונה (שני) מהמוכר שרכש בעלות בהיותו בתום לב. מתבקש מגישתי זו, כי מן הראוי הוא לסטות מהלכת בוקר, אשר גרמה לפיצול בין דיני מקרקעין לדיני מיטלטלין. בעוד שבדיני מקרקעין - בשל ההוראה בסעיף 161 לחוק המקרקעין - נקבע כי לקונה נכס מקרקעין אין קניין שביושר בנכס, הרי לקונה מיטלטלין הוכרה קניין שביושר במיטלטלין. לאור גישתי, אין בהוראת סעיף 161 לחוק המקרקעין כדי לבטל את הזכויות שביושר של הקונה, עד כמה שזכויות שביושר אלה מתבססות על הדינים הישראליים בדבר עיסקאות נוגדות ולא על הדין האנגלי שאכן בוטל. עלינו להכיר - הן לעניין מיטלטלין והן לעניין מקרקעין - בזכות שביושר של הקונה. מזכותו שביושר של הקונה הראשון נובע כי הקונה השני - כל עוד לא רכש בתום לב בעלות בנכס - אינו יכול למנוע אכיפת זכותו של הקונה הראשון כלפי הבעלים. הוא אינו יכול, על כן, לעקל את הנכס. אם הקונה השני אינו יכול לעקל הנכס, מקל וחומר שנושה של המוכר - מנשיה שאינה קשורה כלל לנכס - אינו יכול לעקל את הנכס. לעניין זה אין ברישום העיקול - להבדיל מרישום הבעלות - כדי לשנות, שכן רישום העיקול אינו מעניק קניין למי שבלעדיו אין לו קניין. אכן, צודקת חברתי, כי לקונה הראשון יש "אינטרס בנכס עצמו". קיומו של אינטרס זה שולל מהנושה של המוכר את הכוח לעקל את בעלותו של המוכר בנכס, שכן בעלות זו כפופה לאינטרס של הקונה (הראשון). מטעמים אלה מצטרף אני למסקנתה של חברתי, כי דין הערעור להידחות.

השופט מ' חשין:

התופעות הן תופעות "מן החיים". האדם יצר אותן. חיי החברה הולידו אותן. לוי הליסטים מלִקְטֵם את ראובן ומוכר את שללו לשמעון. זבולון הזד מוכר נכס-מקרקעין שבבעלותו שתי פעמים, פעם ליהודה ופעם לִדָן. גד הגזלן משכיר נכס שבבעלותו לנפתלי ומיד לאחר-מכן משכיר הוא אותו נכס לאשר. כָּלֵב הכזבן נותן משכון בידי בנימין נכס שבבעלותו של יוסף; יוסף אינו יודע על בנימין ובנימין אינו יודע על יוסף. בכל אירועים אלה כולם, בהם ובאירועים אחרים דוגמתם, ניצבים מזה ומזה שניים שהם תמי-לב, ובתוֹךְ - בין השניים - עוֹל. העוול נעלם אל מעבר-לים, פושט את רגלו, מבזבז את רכושו בהימורים - בימים שמכבר אפשר אף מתנדנד הוא על עץ-התלייה - ושני אלה התמים ניצים ביניהם. זה טוען כולה שלי וזה טוען כולה שלי. אנו, שומה עלינו להכריע בין השניים, ושואלים אנו את עצמנו: מי מן השניים ישא בסיכוננו של העוול? במיגזר אחד של שאלה זו, שאלה שמימות-עולם, נעסיק עצמנו עתה. לקיצור ולנוחות הדיון נכנה את הנפגע הראשון בכינוי - זוכה ראשון או בעל זכות ראשון, ואת הנפגע השני נכנה בכינוי - זוכה שני או בעל זכות שני.

על עיקרי-יסוד ועל דוקטרינות

2. שיטת משפט יכולה שתבור לה שלוש דרכים עיקריות - חלופיות - לפיתרון הסיכסוך בין שני הנפגעים: הדרך האחת תתמוך בזכותו של הראשון (תוך קביעת חריג או חריגים, או, אם תרצו: כללי-מישנה); הדרך האחרת תתמוך בזכותו של השני (תוך קביעת חריג או חריגים, או, אם תרצו: כללי-מישנה); והדרך השלישית לא תתמוך - מעיקרו של דין - לא בראשון ולא בשני, אלא תאמר לעשות לאיזון-צדק, לחלוקת צדק, בין ראשון לבין שני, וככלל - על-פי סידרת כללים קבועים מראש וגמישים. דרכה של הדרך השלישית תהא דרך "אד-הוקית". דרך שלישית זו (אם-כי שתי הדרכים הראשונות אף-הן) עשויה לקרוא לעזרה גם את סעד הפיצויים, כדי להקל על חלוקת הצדק בין הניצים ולהביא לאיזון אופטימלי בין האינטרסים המתנגשים (כך, למשל, במקום בו ניגע אחד מן הצדדים באשם או בתרומת-אשם). למותר לומר כי שיטת המשפט יכולה שתבור לה דרך פיתרון אחת לעניינם של נכסים מסויימים ודרך פיתרון אחרת לעניינם של נכסים אחרים (מקרקעין, מיטלטלין, מיסמכים סחירים, חובות); דרך אחת בנסיבות מסויימות ודרך אחרת בנסיבות אחרות; ועוד. בין כך ובין אחרת, ראוי לה לשיטת המשפט - ומכל בחינה שהיא - כי תקבע דוקטרינה מנחה להאיר את דרכם של אנשי-משפט ושל בתי-המשפט (השוו: חנוך דגן, "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיח קנייני חדש", ספר השנה

של המשפט בישראל - תשנ"ו (עורך פרופ' אריאל רוזן-צבי ז"ל, 1997) 717, 714, 673 (להלן - דגן, דיני תחרות).

חלפו-עברו ימי עץ התומר והשיקמה. אכן, לעולם ישאב שופט צדק מליבו, אך זאת יעשה רק לאחר שהקדים ומילא את כרסו בחוכמת-החיים ובחוכמת-המשפט: בערכים, בעיקרי-יסוד, בדוקטרינות, בכללים. ענייננו עתה הוא בדוקטרינות. דוקטרינות היו כאותם עמוד-אש ועמוד-ענן מימי הקדם של עמנו. מיועדות הן, מעיקרן, לגבש עיקריהן של נורמות האומרות לחתוך את שיטת המשפט לאורכה ולרוחבה, ובה-בעת אמורות הן לחסוך מאיתנו התרוצצות במידבר המשפט, אנה-ואנה, בחיפוש אחר "הצדק". יתר-על-כן: הדוקטרינה ניחנה, על-פי עצם טיבה, בגמישות מסויימת, וגמישות זו תתיר לנו - על-פי הדוקטרינה היא-עצמה - לסטות לעיתים מן הדרך הראשית. "בהיעדר אינדיקציה אחרת תיצוק הדוקטרינה עצמה אל 'מושגי מיסגרת', ו'נטל הפירוש' יהיה על מי שיבקש להפריך את קיומה של הדוקטרינה בנסיבות אלו ואחרות ...": רע"א 2267/95 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוסטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 872, 854. ראו עוד: חוות דעתי בדנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם).

3. בריב-שפתיים זה שבין זוכה ראשון לבין זוכה שני, איזו דוקטרינה ראוי לה לשיטת משפט כי תאמץ לעצמה? בסוגיה זו השקיעו רבים מִיִּטְבָּם של הגיגים ומחשבות, והחופרים חפרו העמיקו עד-סלע. ואילו אני, אם אבקש להוסיף עליהם, אֶדְמָה בעיניי כמכניס תבן לעפרניים. אני חב להם לאותם חכמים, ויזכרו כולם לפנינו לטוב. נזכיר אחדים מהם: מנחם מאוטנר, "יוצרי סיכונים" ו'נקלעי סיכונים' - הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה", משפטים טז (תשמ"ו-1986), 92 (להלן - מאוטנר, יוצרי סיכונים); Menachen Mautner, "The Eternal Triangles of the Law": Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties", 90 Michigan Law Review (1991), 95; "השלכות אכיפת חוזה על צדדים שלישיים כנימוק לאי-אכיפתו משיקולי צדק", ספר לובנברג (עורכים דניאל פרידמן ויצחק שילה, תל-אביב, תשמ"ה), 139; חנוך דגן, דיני תחרות; א. זמיר, "תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד", משפטים כ"ו (תשנ"ו-1995), 359. ברק מדינה, "העדפת הקונה בתמורה ובתום-לב במצבי תחרות מול הבעלים המקורים לשם עידוד השקעה בהשגת מידע", המשפט (אפריל 1999), 46.

דברי-טעם יש ברוב דברים שקראנו. השיקולים שלעניין מתרוצצים הלך-ושוב ובאים הם אלה-בתוך-אלה: עלויות מניעתו של הנזק (יעילות מראש); מיזעור הנזק לאחר היווצרו (יעילות בדיעבד); צימצום עלויות התדיינות, ועוד. קראנו, הגינו, וקרנינו נאחזו בסבך. נאמר אך זאת, שמסכימים אנו - ונדגיש: לעניין זה - עם דבריו של השופט זוסמן בפרשת בוקר (בר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו-ישראלית לניהול ואחריות בע"מ,

פ"ד כה (2) 121, 137) שעה שהעיר על וריאציה של שתי הדוקטרינות הראשונות - זו המעדיפה זוכה ראשון וזו המעדיפה זוכה שני - כי: "קשה לחוות דעה איזו משתי השיטות ... יותר צודקת". אשר לנו, לסופה של דרך שומה עלינו להכריע, וזאת נעשה בחוות-דעתנו שלהלן.

4. ניישיר עתה מבט אל ענייננו-שלנו ונרכז עצמנו בו. פלוני הוא בעל רשום של פיסת-מקרקעין. בעל זכות ראשון, אישתו-לשעבר, טוען לזכות באותם מקרקעין מכוח התחייבות שבהסכם-ממון בין בני-הזוג - התחייבות שלא נרשמה במירשם המקרקעין - ולחלופין, מכוח הילכת השיתוף בין בני-זוג לנישואין. בעל זכות שני - בנק שפלוני חב לו כספים - טוען לזכות מכוח עיקול שהטיל על אותם מקרקעין לאחר לידתה של ההתחייבות כלפי האשה. מדברים אנו, איפוא, במערכת בה טוענים שניים, כל אחד מהם לעצמו, לזכות למקרקעין: פלוני שבעל המקרקעין התחייב כלפיו לעשות עסקה באותם מקרקעין והעסקה טרם נסתיימה ברישום, ואלמוני שלאחר מכן הטיל עיקול על המקרקעין בגין חוב שפלוני חב לו. בדו-קרב זה שבין ראשון לבין שני - ידו של מי תהא על העליונה?

הכל מסכימים כי אין הוראת-חוק המייחדת עצמה למערכת זו של חילוקי-דעות. הוטל עלינו, איפוא, לטוות את הדין, ואולם כמקובל עלינו - עם אנשי-המשפט - לא נעשה יש-מאין. אכן, שאלה זו אינה חדשה עימנו, ועד שנבוא לומר את דברנו שומה עלינו לברר מה אמרו ראשונים.

הלכה שנקבעה קודם היות חוק המקרקעין (הילכת שטרן)

והלכה שנקבעה לאחר היות חוק המקרקעין (הילכת בוקר)

5. בראשית - לפני היות חוק המקרקעין - היתה הילכת שטרן: ע"א 528/66 שטרן נ' חברת חלקה 36 בגוש 6127 בע"מ, פ"ד כא(2) 342; ד"נ 30/67 שטרן נ' שטרן, פ"ד כב(2) 36. (ראו עוד: ע"א 392/65 סיגלוב נ' עציון קואופרטיב לעבודות עץ בע"מ, פ"ד כ(1) 442). אותה עת ינקנו חוכמה מצינור הקליטה של סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922, ובית-המשפט (ברוב דעות) החיל על המערכת את דוקטרינת האקוויטי. על-פי דוקטרינה זו קנה בעל הזכות הראשון בעלות-שביושר בקרקע, והמעקל - אשר בא לאחר היות ההתחייבות - לא יכול היה לעקל, על-פי טיבם של דברים, אלא את שיירי זכותו של הבעלים, קרא: אותה זכות אשר נותרה לבעלים לאחר שהבעלות-שביושר עברה לזוכה הראשון. בהושיבו עצמו, איפוא, על כס האקוויטי, החליט בית-המשפט כי ידו של הזוכה הראשון היא על העליונה.

6. בא חוק המקרקעין שלשנת תשכ"ט 1969-, וחסם את דרכה של האקוויטי מבוא ארצה בענייניהם של מקרקעין. וכלשון סעיף 161 לחוק המקרקעין: "שלילת זכויות שבייחור: מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". כך פורשה הוראת סעיף 161 לחוק המקרקעין, ובדין כך פורשה. בהיעדר זכויות-שבאקוויטי, מי יזכה עתה בדו-קרב שבין זוכה ראשון מכוח התחייבות למכר לבין בעל-חוב שזכה בעיקול ורשמו במירשם לאחר היותה של אותה התחייבות? באה פרשת בוקר והורתה אותנו הלכה. גם הילכת בוקר - כמוה כהילכת שטרן - נקבעה ברוב דעות, אלא שזו הפעם נהפכה הקערה על-פיה. לדעת הרוב בפרשת בוקר, משעה שנעלמו ואינן עוד זכויות-אקוויטי שהיקנו לזוכה הראשון בעלות-שבאקוויטי במקרקעין, לא נותרה בידו זכות בת-פועל כלפי צד שלישי. ממילא, כך פסק בית-המשפט, ידו של הזוכה השני - מטיל העיקול שנרשם - תהא על העליונה. בלשונו של השופט זוסמן (שם, 137):

"החוק החדש חולל שינוי יסודי בדיני מקרקעין. סעיף 161 לחוק החדש קובע, ש'מתחילתו של חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק'. וכאילו אין די בכך, נקבע בסעיף 160 כי 'בענייני מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו'. סעיף 160 נושא הערת שוליים: 'עצמאות החוק', ואומנם אין ספק בכך, שהמחוקק התכוון לנתק דיני מקרקעין בישראל מדיני היושר האנגליים. בכך נשמט היסוד מתחת לתביעת הקונים [הזוכה הראשון]. אם אין בידם לסמוך טענת העדיפות כלפי העיקול על זכות קודמת שבייחור, כהלכת הרוב בד"נ 30/67 [הילכת שטרן], על מה יסמכוה?"

... הקניין שבדין אינו עובר ללא רישום וקנין שבייחור אינו קם עוד..."

וכך אף השופט לנדוי (שם, 134):

"... [המחוקק לא רצה עוד בזכות קנינית של מי שהתקשר לקניית זכות במקרקעין, לפי המתכונת של דיני היושר האנגליים, אלא כל עוד לא נגמרה עיסקת הרכישה ברישום, כדרוש לפי סעיף 7(א) של החוק, נשארת זכותו של הרוכש זכות חוזית בלבד הקושרת את הצדדים לחוזה אך לא צד שלישי. סדר חדש זה הונהג למען תכלית חשובה, דהיינו הגברת ערכו המעמדי (הקונסטитуטיבי) של הרישום בפנקסי המקרקעין וחיזוק אמינותם של הפנקסים.

... ובאשר לעיקול, אליבא דהלכת שטרן, היה המעקל נאלץ לסגת בפני זכותו הקודמת שבייחור של הקונה, כיום, לפי החוק החדש, אין לו עוד בפני מה לסגת."

7. בפרשת בוקר הועיד בית-המשפט מעמד מכריע לרישום במירשם המקרקעין, ובצאתו מתחנות-מוצא זו למסע-של-פרשנות מצא עצמו בערבו-של-יום שולל זכות מבעל הזכות הראשון כלפי צד שלישי, הוא הזוכה השני (למעט חריגים מעטים כגון במקרה של קנוניה או רמיה). קשה להשתחרר מהתרשמות כי לעת קביעתה של הילכת בוקר, פיעמה בלב השופטים רוח חדשה ושימחת-ראשונים. תחילתו של חוק המקרקעין היתה ביום 1 בינואר 1970. באותה שנה עצמה הובא משפט בוקר לפני בתי-המשפט, ופסק-דינו של בית-המשפט העליון ניתן בחודש יוני 1971. הנה זה עשינו להשתחרר מדוקטרינות של אקוויטי - כך אמרו השופטים אל-ליבם - דוקטרינות שנולדו בארץ זרה לנו ואשר שלטו במקומנו קרוב לחמישים שנה, ומעתה נעשה אך בשלנו. ואם

בשלנו נעשה, ודוקטרינות של אקוויטי אינן עוד בינותינו, הבה נרים על נס את חשיבות המירשם ויידעו הכל כי על-פיו יישק דבר. וכך: המחזיק בזכות לרישומו של נכס-מקרקעין על-שמו, אם יזדרז ויעשה לרישומו, יבוא הכל על מקומו בשלום; ואילו אם לא יזדרז ולא ירשום - דמיו בראשו ואיהו הוא דאפסיד אנפשיה.

אכן, שופטי הילכת בוקר טבעו על דיגלם באותיות זהב את אידיאל המירשם - שמא נאמר: את אוטופיית המירשם - מירשם אשר ממנו פינה ממנו יתד - לדעתם - לכל שאר דיני המקרקעין. מכאן קצרה היתה דרכם למסקנה כי זכותו של הזוכה הראשון, לעת תחרות עם זכותו של השני, ערכה כקליפת-השום. להבדיל מהילכת שטרן, אשר בה היתה תחרות בין שתי זכויות, לכאורה - ובית-המשפט הכריע לטובתו של הזוכה הראשון - בפרשת בוקר, לאמיתם של דברים, אין בית-המשפט צופה בכל תחרות שהיא. הזוכה הראשון אינו כלל זוכה; אין בידו כל זכות שהיא כלפי הזוכה השני, וממילא אין כל תחרות. הזוכה השני נמצא זוכה בהיעדר היריב (in absentia): יריבו אינו כלל בבחינת זוכה, ולהלכה ולמעשה אין הוא מתייצב כלל לתחרות.

מדוע אמרנו כל דברים אלה, ועל שום-מה חוזרים אנו ומדגישים אותם? טעם הדבר הוא, כי הילכת בוקר - שלא כפי שהיא מוצגת במקומות אחדים, ושלא כהילכת שטרן - אין היא עוסקת כלל בתחרות בין זכויות. הקושיה שיש להקשות על הילכת בוקר, אין עניינה כלל בהעדפתו של עיקול מאוחר על התחייבות קודמת למכר. בית-המשפט לא נדרש כלל לשאלה של העדפה, וממילא אף לא הכריע בה. בית-המשפט אך קבע כי התחייבות למכר מקרקעין אינה נותנת בידיו של הזוכה הראשון זכות כלפי צד שלישי. משקבע כך, זכה בעל העיקול - הוא הזוכה השני - לא משום שזכותו עדיפה על זכותו של הזוכה הראשון, אלא משום שלא התייצב לשטן על דרכו כל בעל זכות אחרת. לא היתה זו כלל תחרות, ובעל העיקול זכה בפרס בהיעדר כל מתחרים אחרים ולאחר שנפסל מי שביקש לתחרות בו.

8. הילכת בוקר הותקפה בחריפות ובחדות מכל-עבר, וחכמי-משפט הריקו את אשפות-חיציהם - עד-כלה - אל תוך גופה. ראו, לדוגמה: ד"ר נילי כהן, התערבות ביחסים חוזיים (תשמ"ב1982-), 47 ואילך (להלן - נילי כהן, התערבות); פרופ' נילי כהן, "חוזה של קטינה לרכישת דירה מול נושה של המוכר", הפרקליט מ"א (תשנ"ג1993-), 161. דברי-הביקורת כתובים במקום שהם כתובים, והמעין יעין ויידע. אשר לי, אדבר בעניין אחד בלבד, ולאחר שאומר מה שאומר אבקש אף-אני לקרוא את הילכת בוקר לדו-קרב.

דוקטרינה של תחרות בחוק המקרקעין

9. נניח לרגע את הילכות שטרן ו**בוקר** לעצמן ונחזור אל עיקרים במשפט. כפי שאמרנו בראש דברינו, ראוי לה לשיטת-משפט כי תקבע דוקטרינה לפיתרון חילוקי-דעות בין זוכה ראשון לבין זוכה שני. כנדרש מכאן, ראוי לנו כי נבלוש ונחקור היטב בשיטת המשפט, לנסות ולמצוא אם קבעה דוקטרינה; ובהימצא לנו דוקטרינה - לנסות ולעמוד על תוכנה. רק אם תימצא דרכנו דרך-אכזב, רק-אז נידרש לעיקרים במשפט ולעיקרים לבר-משפטיים, ונוסיף לעשות כמיטבנו לפיתרון חילוקי-הדעות בין בעלי-הדין, תוך נסיון לבנות ולו מעין-דוקטרינה. אכן, גם אם נגלה קיומה של דוקטרינה, גם-אז לא נניח מידינו עיקרי-משפט ועיקרים לבר-משפטיים: לחיזוקה, לאישושה, לקביעת גבוליה של הדוקטרינה ולמציאת חריגים לה במקרים הראויים. יחד-עם-זאת, משימתנו הראשונה היא לנסות ולגלות אם חוק המקרקעין הורה אותנו דוקטרינה כלשהי.

10. והנה, בדרכנו לגילוייה של דוקטרינה בחוק המקרקעין, אין צורך כי נרחיק לכת. ראשיתה של דוקטרינה, למיצער, תיגלה לעינינו כבר בתחילת דרכנו, והיא בסעיף 9 לחוק המקרקעין. קובע ומלמד אותנו סעיף 9, וזו לשונו:

**"עיסקאות
נוגדות**

9. 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."

הוראת סעיף 9 עניינה - כשמה וכינוייה - בעיסקאות נוגדות, ותחום פרישתה על-פני כל התחייבויות לעיסקאות נוגדות במקרקעין. "עיסקה במקרקעין", נזכר, עניינה - כהוראת סעיף 6 לחוק המקרקעין - "הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על-פי צוואה". לשון אחר: כל התחייבויות מרצון להקנות זכות קניין במקרקעין (זכות בעלות, זכות משכנתא ועוד כיוצא-באלו זכויות קניין), והן נוגדות זו-את-זו, תבואנה בחסותה של הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין (ראו: נילי כהן, התערבות, 190-208). עניינו של סעיף 9 לחוק המקרקעין אין הוא, איפוא, בכלל פרטיקולרי מדיני המקרקעין. נגלית ומתייצבת נגד עינינו דוקטרינה החותכת את משפט המקרקעין לרוחבו, דוקטרינה האומרת לקבוע זכויות בדיני קניין בנושא עיסקאות נוגדות. אשר לגופו של העיקרון, לא נתקשה לזהותו: העיקרון הוא כי זכותו של זוכה ראשון עדיפה, והחריג לעיקרון: מקום שזוכה שני פעל בתום לב ובתמורה והעיסקה נרשמה לטובתו בעודו בתום-לב - זכותו של שני עדיפה. לעניינו עתה, אין צורך שנטריד את עצמנו בשאלה אם עניינה של הדוקטרינה הוא, אמנם, בעיקרון ובחריג לעיקרון - אם תרצו בעיקרון ובעקרון-מישנה - או אם עניינה בשני כללים שווי-מישקל. מכל מקום, תחנת המוצא של הדוקטרינה היא בהקניית עדיפות לזוכה הראשון, והמבקש להורות אחרת עליו הנטל.

11. אין ספק קל בדעתנו, כי הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין - בעניין של עיסקאות נוגדות - מבטאת דוקטרינה במשפט המקרקעין בישראל. ואולם בכך לא נאמר די. שכן אם נמריא אל-על ונשקיף על משפט ישראל למלוא אורכו ורוחבו - באורח סינופטי - לא נתקשה להבחין כי אותה דוקטרינה של חוק המקרקעין אינה אלא ביטוי לדוקטרינה כל-כוללת במשפט ישראל, דוקטרינה שתוכנה הוא - בערך ובקירוב - כהוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. והדוקטרינה היא: דוקטרינת דיני התחרות.

כך הוא, למשל, דינה של "שכירות קצרה נוגדת", כהוראת סעיף 80 לחוק המקרקעין:

80. "שכירות קצרה נוגדת הושכרו מקרקעין בשכירות שאינה טעונה רישום ולא נרשמה, ולפני שנמסרו לשוכר חזר המשכיר והשכירם לאדם אחר בשכירות שאינה טעונה רישום והנוגדת את השכירות הראשונה, זכותו של השוכר הראשון עדיפה, אך אם השני שכר וקיבל את המקרקעין בתום-לב - זכותו עדיפה."	הושכרו מקרקעין בשכירות שאינה טעונה רישום ולא נרשמה, ולפני שנמסרו לשוכר חזר המשכיר והשכירם לאדם אחר בשכירות שאינה טעונה רישום והנוגדת את השכירות הראשונה, זכותו של השוכר הראשון עדיפה, אך אם השני שכר וקיבל את המקרקעין בתום-לב - זכותו עדיפה."
--	---

אכן, אין זהות גמורה בין הוראת סעיף 9 לבין הוראת סעיף 80, שהוראה אחרונה אינה תובעת רישום מן הזוכה השני. ואולם העיקרון - אותו עיקרון הוא: הכלל הוא שזוכה ראשון ידו על העליונה, וזוכה שני יגבר רק בנסיבות הקבועות בחוק. כן הוא דינן של עיסקאות נוגדות במיטלטלין, כהוראת סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א 1971:-

12. "עיסקאות נוגדות התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה - זכותו עדיפה."	התחייב אדם להקנות לחברו בעלות או זכות אחרת במיטלטלין, ולפני שמסר לו את המיטלטלין או הקנה לו את הזכות חזר והתחייב עם אדם אחר בהקניה נוגדת, זכותו של הראשון עדיפה, אך אם השני התקשר בעסקה וקיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום לב ובתמורה - זכותו עדיפה."
---	---

העיקרון הוא אותו עיקרון. כך אף בהמחאות חיובים הנוגדות זו-את-זו, וכהוראת סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט 1969:-

4. "המחאות סותרות המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב על ההמחאה השניה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני."	המחה הנושה זכות לאחד וחזר והמחה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם אם הודיעו לחייב על ההמחאה השניה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני."
---	---

בשינויים המחויבים מן העניין - הדין הוא אותו דין. לכל אלה, ועוד, ראו פרשת הרטפלד, לעיל, שם, 871 עד 876.

אכן, אין זהות גמורה בין הוראות-חוק שאפשר ראוי היה להן כי תהיינה זהות. עמד על כך פרופסור דניאל פרידמן במאמרו "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ד' (תשל"ה/תשל"ו 1974/1975-), 245. יחד-עם-זאת, כל אותן הוראות שעניינן זכויות סותרות, כבריח-התיכון נקבע בהן הכלל כי זכותו של זוכה ראשון על העליונה. המישקל המצטבר של הוראות-חוק אלו כולן, יש בו כדי להצביע, לדעתנו, על קיומה של דוקטרינה במשפט ישראל - לא אך בחוק המקרקעין - ושני סימנים הם בה: אחד, בעיסקאות נגדות במקרקעין, במיטלטלין ובהמחאת חיובים, תחנת המוצא היא כי ידו של זוכה ראשון על העליונה; ושניים, יש שזוכה שני יזכה, אך רק (אם-כי לא רק) עם היעשות מעשה-קניין. עמדתי על-כך בפרשת הרטפלד - בעניינה של תקנת שוק - והדברים יפים לענייננו עתה:

"על-אף השוני בין הסדרי תקנות השוק השונות, ראוי להצביע על יסוד עיקרי אחד העובר כבריח התיכון בכל תקנות השוק - לביטחון יתר נאמר: ברובן המכריע של תקנות השוק - והוא, קיומו של יסוד קנייני כיסוד-בלעדיו-אין (sine-qua-non) וכתנאי מוקדם להיווצרותה של הגנת תקנת השוק. יסוד מעשה הקניין (לעתים: יסוד החזקה) משמש יסוד מאחד לכל (או לרוב) תקנות השוק, עד שנוכל להסיק כי יוצר הוא **דוקטרינה** במשפט ישראל. פירוש: בהיעדר אינדיקציה אחרת תיצוק הדוקטרינה עצמה אל "מושגי מסגרת", ו"נטל הפירוש" יהיה על מי שיבקש להפריך את קיומה של הדוקטרינה בנסיבות אלו ואחרות של תקנת השוק." (בעמ' 872; ההדגשה במקור - מ' ח')

12. בפרשת שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה (בג"ץ 2671/98; טרם פורסם) דיברנו

בנושא ייצוגן של נשים בגופים ציבוריים. מנינו הוראות-חוק המכוננות זכויות ייצוג לאשה, ולסופו של מנין ההוראות הוספנו ואמרנו דברים אלה (בפיסקאות 42 ו-43), והם לענייננו עתה:

"... סקרנו כמה וכמה 'הוראות-ייצוג' לנשים בחקיקה הישראלית החדשה. הוראות-ייצוג אלו לא אך על עצמן יצאו ללמד. יצאו הן ללמד על הלוח-רוח חדש בשיטת המשפט בישראל, הלוח-רוח שלא היכרנו ולא ידענו בעבר. רוח חדשה וטובה החלה מנשבת בין חוקי ישראל. במקום אחר בחוות-דעתנו ... דימינו הוראות-דין שעניינן שוויון לנשים ואיסור הפלייתן לרעה לנקודות אור. מתחנן קו בין כל נקודות האור והנה גילתה עצמה לפנינו דוקטרינה במשפט הארץ, דוקטרינה שכוחה עימה מעבר להוראות-הדין הפרטיקולריות. צירוף נקודות האור האחת-אל-רעותה יצרו מעין מסה קריטית וכך נוצרה הדוקטרינה שהשלכותיה אל-למרחוק. כיוצא באותה דוקטרינה כן היא דוקטרינה הנגלית לעינינו בענייננו עתה: הוראות-הדין שעניינן ייצוג הולם לנשים אף הן נידמות לנקודות אור. חבר את נקודות האור אשה-אל-רעותה וידעת כי נוצרה מעין מסה-קריטית

שאף היא ילדה דוקטרינה, או, למיצער - מעין-דוקטרינה. אם תרצו: גילתה עצמה לעינינו דוקטרינה-בהתהוות.

ניתן דעתנו לדבר: הוראות הייצוג שסקרנו בחקיקה, שונות הן זו-מזו; הוראת הייצוג בחוק פלוני אין היא זהה להוראת-הייצוג בחוק אלמוני. ואולם כל הוראות הייצוג כולן, על-אף השוני ביניהן, מהוות הן - כל אחת מהן לעצמה - קריסטליזציה של אותו חומר ומבטאות הן אותו עקרון-יסוד. והעקרון הוא: מתן ייצוג הולם לנשים ולגברים בגופים ציבוריים כצורך נדרש מעקרון השוויון. כל אחת מאותן הוראות משקפת ומגלה בתחומיה המוגדרים והמותחמים אותו עקרון-יסוד של השוויון.

לרקע דברים אלה כולם, זו השאלה המציגה עצמה לפנינו עתה: מה דוקטרינה או מעין-דוקטרינה נוכל לגזור מן הדין וההלכה? "...

אל ייחשב לנו הדבר לעוון אם נקביל את נושא ייצוגן של הנשים לנושא העיסוקאות הנוגדות, והרי בשאלת קיומה של דוקטרינה ולא בתוכנה של דוקטרינה ענייננו. דומים הדברים לנקודות הפזורות באורח מיקרי, כביכול, על-פני דף-נייר, נקודות שלכאורה אין הן קשורות אשה-לרעותה. נעביר קו רצוף בין הנקודות, והנה לפנינו צפרדע, או אריה או חד-קרן. כך אף בענייננו: הקו הרצוף שנעביר בין הוראות העיסוקאות הנוגדות יעלה לפנינו דוקטרינה במלוא-הדרה. והדוקטרינה, כפי שאמרנו כבר לפנינו, דומה היא - דומה-במאוד - לדוקטרינת האקוויטי ששררה במקומנו קודם חוק המקרקעין. ואולם, אין היא אקוויטי ואף אין היא "אקוויטי נוסח ישראל". אכן, האקוויטי מן המשפט האנגלי שימשה לנו כדגם, ואולם משנחקק החוק - זה דין ישראל, זו הדוקטרינה במשפט ישראל.

13. נמצא לנו, איפוא, כי דין המקרקעין בישראל משולבת בו דוקטרינה המעניקה בכורה לזוכה הראשון בזמן, בכפוף לזכותו של קונה בתמורה ובתום-לב שרשם את העיסקה לטובתו בעודו בתום-לב. דוקטרינה זו עניינה בכל זכויות קניין בנכסי מקרקעין, ובכל וריאציה בין זכויות הקניין, ביניהן לבין עצמן. משנמצא לנו כך, וביודענו כי דוקטרינה זו, בעיקרה, היא לאמיתם של דברים, אחת השלוחות - שלוחה מכובדה, אמנם - לדוקטרינת-אם גדולה הימנה במשפט ישראל כולו, שוב אין צורך שנטריח את עצמנו לחפש ולמצוא יתרונות וחסרונות בכל אחת משלוש דרכי-הפיתרון שעמדנו עליהן בראש דברינו (ובהן וריאציות רבות-מכל-רבות), כדי שנכריע בדעתנו איזו דרך נבור לנו ובה נלך. חזקה על המחוקק (חזקה שאינה ניתנת לסתירה) כי נתן את דעתו על כל שיקולי-משפט ועל כל שיקולים לבר-המשפט התומכים בהעדפתה של דוקטרינה זו או אחרת או הנוגדים אותה; כי שקל בדעתו ואיזן, הוסיף וגרע, שינה צבע ומחק; ולסוף הכריע כאשר הכריע: יצר נורמה מחייבת במשפט ישראל. כל שיקולי-מהות באו בהכרעה, התמזגו בה, נטמעו בה, ואין להם עוד קיום עצמאי לבר-ההכרעה. אשר להכרעה, תלינו אותה על הקיר בחדר-המלאכה, ונעשה בה שימוש לעת הצורך.

נודה: כל אותם שיקולי-מהות שעשו את ההכרעה - וקבעו את הדוקטרינה כפי שנקבעה - קוראים הם אלינו מבעד להכרעה ועשויים הם להשפיע עלינו בפרשנות, קרא: בפרשנות שהיא חלק בלתי-נפרד מיצירתן של

הנורמות במשפט. ואולם בראייה כוללת, השפעה זו תהא בשוליים ולא בעיקר. כשאני לעצמי אומר, שהדוקטרינה אותה אימץ המחוקק בסעיף 9 לחוק המקרקעין, אין היא הדוקטרינה הראויה לטעמי, מכל-מקום באופי הגיליוטיני שלה; בוודאי אין היא הדוקטרינה האופטימלית. אין פלא בדבר, איפוא, שהיו מי שהעלו רעיונות למיקצה-שיפורים. ראו, למשל: דגן, דיני תחרות, 730-731; פרופסור מנחם מאוטנר, "עיסקאות נוגדות" ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה", הפרקליט מ' (תשנ"א 1991-) 521, 529 (להלן - מאוטנר, רשלנות הקונה). ואולם, משקבע המחוקק את אשר קבע, שומה עלינו לכופ ראשנו ולקבל את הכרעתו בהכנעה. עקרוני-יסוד יכולים, אמנם, שיביאונו לגזום את הדוקטרינה בשוליה (ועל-כך נוסיף ונדבר מעט בהמשך דברינו), ואולם הדרך הראשה פרושה לפנינו כדבר-החוק. ראו והשוו: ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה (3) 253, 265, 267-266 (מפי השופט ברק).

14. ידענו כי זכותו של זוכה ראשון על העליונה, וכי זוכה שני לא יזכה בעדיפות אלא בנסיבות כאמור בסיפה לסעיף 9 לחוק המקרקעין. כיצד זה, אם כן, שבית-המשפט בפרשת בוקר קבע - ובאורח נחרץ - כי זוכה ראשון לא קנה כל זכות שהיא כלפי זוכה שני, וכי זוכה שני ידו על העליונה ולו משום שאין לו במי לתחרות? אכן, הוראת סעיף 9 עניינה ב"עיסקאות נוגדות", בעוד אשר בפרשת בוקר לא הוצבו לפני בית-המשפט עיסקאות נוגדות אלא עיסקה וכנגדה עיקול. עיקול אינו, לכאורה, "עיסקה" וממילא לא ניתן היה לסווגו כעיסקה הנוגדת את העיסקה הראשונה. ואולם, האם הדמיון העז בין שתי המערכות - זו המערכת שבסעיף 9 לחוק המקרקעין וזו המערכת שבפרשת בוקר - לא היה די בו כדי שבית-המשפט ידרש - כהוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם 1980 - להיקש מהוראת סעיף 9 לעניינו? אכן, הדרך היתה סלולה לפני בית-המשפט: היעדר פיתרון בחוק לתחרות זכויות בין זוכה ראשון לבין מעקל מאוחר ראוי היה לראותו כלקונה, וההיקש מן הדוקטרינה שנקבעה בסעיף 9 נדרש כמו מאליו. על מישקל דברים שאמרנו בפרשת הרטפלד (ראו לעיל, פסקה 2), נאמר עתה, כי בקיומה של לקונה יוצקת עצמה הדוקטרינה אל החלל וממלאת אותו תוכן. זו, אמנם, היתה דרכו (החלופית) של חברי הנשיא ברק בפרשת בן צבי נ' סיטין (ע"א 3002/93, פ"ד מט (3) 5) בהקשר הילכת שיתוף הנכסים בין בני זוג לנישואין. בתחילה קבע חברי הנשיא כי הילכת השיתוף כמוה כהתחייבות בגידרי סעיף 9 לחוק המקרקעין, ובהיווצר ניגוד בינה לבין עיסקה מאוחרת לה, תחול על המערכת הוראת סעיף 9. על-כך הוסיף חברי ואמר דברים אלה (שם, 24):

"עד כאן עמדתי על תחולה ישירה של דיני העיסקאות הנוגדות הקבועים בסעיף 9 לחוק המקרקעין. ואם תאמר, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו חל במישרין, שכן הילכת שיתוף הנכסים אינה בגדר 'התחייבות לעשות עסקה' - עניין שאף אותו מבקש אני להשאיר בצריך עיון - הרי ממילא יש באי-תחולתו חסר בחוק המקרקעין ובמשפט הישראלי. את החסר יש למלא - כך מלמד אותנו סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם 1980 - בדרך ההיקש, ואם היקש אינו מצוי, על-פי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. בענייננו מצויה הוראה טבעית

שממנה ניתן להקיש, היא הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. נמצא, כי דין העיסקות הנוגדות הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין יחול בענייננו, אם במישרין (מכוח תחולתו הישירה) ואם בעקיפין (מכוח היקש).

כיצד זה איפוא שבית-המשפט בפרשת בוקר לא נדרש כלל להוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, לדוקטרינה שנתכוננה בה ולהיקש הנדרש ממנה? מסתבר כי רק השופט לנדוי עמד על הבעייתיות העולה מהוראת סעיף 9, וכה שומעים אנו אותו דובר אלינו (פרשת בוקר, שם, 134):

"אכן, בסעיף 9 קובע החוק סייג לבלעדיות הרישום כמעמיד זכות במקרקעין, בתלותו את זכותו של מי שרכש מן הבעל הרשום לעומת בעל זכות חוזית קודמת, בתום-לבו של הרוכש מן הבעל הרשום ובמתן תמורה על-ידו, אף כאשר כבר הספיק לרשום את עיסקתו בפנקסי המקרקעין; וכן משתמע מסעיף 10 של החוק שבעל הזכות האמיתי במקרקעין בלתי-מוסדרים יכול עדיין לקיים את זכותו כנגד רישום בלתי-נכון של אדם אחר, אפילו רכש אותו אדם את זכותו בתמורה ובהסתמכו בתום-לב על הרישום. אבל לסעיפים אלה (9 ו-10) אין השפעה על הבעיה שלפנינו, פרט לכך שהם מראים כי ישנם סייגים לכוחו המוחלט של הרישום. ובאשר לעיקול, אליבא דהלכת שטרן, היה המעקל נאלץ לסגת בפני זכותו הקודמת שביושר של הקונה. כיום, לפי החוק החדש אין לו עוד בפני מה לסגת. בזה לא אמרנו שהעיקול מקנה למעקל מעמד של קונה בתום-לב כלפי הקונה הקודם בזמן. הוא נושה, ואף תום-לבו, במובן חוסר ידיעה על זכותו של הקונה הבלתי-רשום, אינו מוסיף ואינו גורע (לפחות בהעדר קנוניה בין המעקל ובין הבעל הרשום)."

האמנם כך?

15. הגם שמצווה אני, כתלמיד, להיזהר בכבוד רבו, אודה שנתקשיתי להסכים לדברי הרב. אכן, זכויות שבאקוויטי פסו-עברו מן העולם למן היות חוק המקרקעין. ואולם, האם הוראת סעיף 9 לא באה תחת זכות-האקוויטי בהקנותה מעמד נכבד לזוכה הראשון כלפי הזוכה השני, קרא: היקנתה מעמד לזוכה הראשון כלפי מי שלא היה לו כל קשר קודם עימו? האם הוראת סעיף 9 - היא עצמה, היא בגופה - לא היקנתה לזוכה הראשון מעין זכות קניין כלפי הזוכה השני? אמת נכון הדבר: לפי הילכת שטרן "היה המעקל נאלץ לסגת בפני זכותו הקודמת שביושר של הקונה"; וגם זו אמת, שכיום אין עוד במשפט הארץ זכות של אקוויטי במקרקעין לפי המשפט האנגלי. ואולם, זכות מעין-קניינית שבסעיף 9 לחוק המקרקעין - מה עליה? מה צדק הוא שנתעלם ממנה כמו לא היתה?

16. זאת ועוד. השופט לנדוי ממעט בערכה של הוראת סעיף 9 - ועימה בהוראת סעיף 10 לחוק המקרקעין; ראו פרשת הרטפלד, לעיל - בכנותו את השתיים "סייגים לכוחו המוחלט של הרישום". לצורך ענייננו עתה נקבל עלינו כי הוראת סעיף 9 - מראשיתה ועד סופה - ניתן לכנותה "סייג"; ואולם גם כך, יש סייג ויש סייג.

ה"סייג" שבסעיף 9 לחוק המקרקעין מן ה"סייגים" הגדולים הוא, סייג הוא שגדל והלך עד שזכה לממדי דוקטרינה. אין הוא כאותם "סייגים" הנספחים לעיקר. סייג הוא הנושא-את-עצמו, ולא יהא זה נכון אם נמנעט בערכו ונדחק אותו אל-הפינה. והרי הדברים הם על דרך של קל-וחומר: אם זכותו של זוכה ראשון עדיפה, לכאורה, על זכותו של זוכה שני - מקום שזכותו של זוכה שני היא זכות שעניינה התחייבות לעשות עיסקת-קניין - זכותו של זוכה ראשון לא תהא עדיפה על זכותו של שני מקום שזכותו של שני אינה אלא זכות של עיקול? שהרי זכות העיקול בוודאי נחותה היא - על דרך העיקרון - מזכות שמקורה בהתחייבות לעיסקה. כיצד זה ניתן לומר, איפוא, כי בעיסקאות נוגדות עדיף זוכה ראשון, ואילו מקום שהשני זכותו נחותה מזכותו של בעל זכות לעיסקה, ידו של זוכה ראשון תהא על התחתונה? הלא נאמר כי בכלל מאתיים מָנָה? אם הארז יכוף את ראשו, כיצד זה שהאזוב אשר בקיר ישמיע קול?

17. בעל דברנו ימשיך להציק לנו, וכך יאמר: גם אם אמרנו כי זכותו של המעקל נחותה מזכותו של זוכה שני - קרא: נחותה מזכותו של מי שבעל מקרקעין התחייב כלפיו להקנות לו זכות במקרקעין - אין טעם טוב שלא נעדיפו על הזוכה הראשון בהתמלא התנאים הקבועים בסעיף 9 סיפה לחוק המקרקעין. וכך, כשם שזוכה שני (בגידרי סעיף 9) יכול שיגבר על זוכה ראשון - אם אך פעל בתום-לב ובתמורה והעיסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב - כן יהא דינו של המעקל, שאף זכותו-שלו תגבר על זכותו של הזוכה הראשון אם אך פעל בתום לב ובתמורה ורישום העיקול נעשה בעודו בתום-לב.

אכן, כך יוסיף בעל-דברנו בתרועת-ניצחון: חייבים אנו להודות כי הסיפה לסעיף 9 לחוק המקרקעין גוזמת-משהו בכלל שאין אדם יכול להעביר לזולתו זכות שאין לו (nemo dat quod non habet, או: nemo potest plus juris ad alieno transferre quam ipse habet). על-פי הרישה לסעיף 9, זוכה ראשון קונה, לכאורה, זכות כלפי זוכה שני, קרא: בידי זוכה ראשון יש מעין-זכות קניין כלפי זוכה שני. באה הסיפה ומלמדת אותנו, כי בעל הנכס ניתן בכל-זאת כוח בידו להעביר לזוכה שני זכות שהעביר לזוכה ראשון, ועל-דרך זה להַאֲבִיד, מכוח החוק, את זכותו של הזוכה הראשון כלפי הזוכה השני. ענייננו הוא, איפוא, במעין-תקנת-שוק - כך יאמר בעל-דברנו (ראו עוד: פרשת הרטפלד, שם) - ואם כך, יוסיף ויאמר, מה טעם נצמצם אותה מעין-תקנת-שוק לזוכה שני דווקא (בגידרי סעיף 9) ונוציא אל-מחוץ למחנה את זכות המעקל? אף אתה אמור: צידי הדמיון בין זכות המעקל לבין זכותו של הזוכה השני רבים מצידי השוני, וממילא ראוי כי הוראת סעיף 9, כלשונה וכרוחה, תחול על מעשה-עיקול מאוחר אף-הוא. מסקנה: כשם שזכותו של זוכה שני שנתקיימו בו תנאי הסיפה לסעיף 9 של חוק המקרקעין תהא עדיפה על זכותו של זוכה ראשון, כן יהא דין מעקל מאוחר שנתקיימו בו אותם תנאים, שזכותו תהא עדיפה על זכותו של זוכה ראשון.

18. טיעון זה, על-אף טעמו הערב לחיך, אין הוא מקובל עלינו. הנדון אינו דומה לראיה וההיקש אין הוא היקש-של-אמת. ראשית לכל נזכיר, כי עיקול - ורישומו של עיקול במירשם המקרקעין - הינו אמצעי-דיוני שייעודו לייחד נכס מנכסיו של חייב לצורכי הוצאה-לפועל. עיקול אינו מקנה למעקל זכות מהותית לא בנכס לא לנכס, ופועלו אינו אלא "להקפיא" את הנכס וליידע את הציבור כי הנכס מעוקל וכי זכותו של הבעלים כפופה לעיקול, קרא: הבעלים אסור הוא שיוציא את הנכס מרשותו - או שיקנה בו זכויות לאחרים - על דרך שתמנע את המעקל לממש את הנכס ולהועיד את התמורה לפירעון החוב. ראו: ע"א 542/85 המועצה הישראלית לייצור ושיווק כותנה בע"מ נ' אתא חברה לטקסטיל בע"מ וטתה בע"מ פ"ד מב(4) 559; ע"א 743/81 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' אהרון יהודה רוזנבוים פ"ד ט(1) 12, 17.

19. ואולם, עיקר לענייננו הוא בשאלה, כיצד ישולב מעקל בגידרי הסיפה לסעיף 9 לחוק המקרקעין, ובשאלה זו רואים אנו קושי לא-מעט. שלושה הקמה יסודות היוצרים זוכה שני - כהוראת הסיפה לסעיף 9 - ואלה הם: תום-לב, תמורה ורישום עיסקה. שלושה יסודות אלה נדרשים, על-פי המחוקק, לקיום זכותו של זוכה שני, וניתן לומר עליהם כי צומחים ועולים הם כמו מעצמם במערכת של עיסקאות נוגדות. כך הוא, למשל, יסוד תום-הלב. בבקשנו להקנות זכות עדיפות לזוכה שני, נדרש יסוד תום-הלב כיסוד מובן מאליו. שאם יודע זוכה שני על התחייבות ראשונה, מה צדק יעמוד לימינו בטוענו לזכות-של-עדיפות? והרי בידעו על ההתחייבות הראשונה ייעלם ואיננו יסוד ההסתמכות, יסוד שהוא מעיקרי זכותו של השני.

דברים בדומה ייאמרו על יסוד התמורה. גם יסוד זה קושר עצמו לעקרונות ההסתמכות, ומוסיף הוא לו - בהדגש - את גורם שינוי המצב לרעה. בייחוד כך, אם נפרש את מושג ה"תמורה" כ"ערך" (value), להבדילו מהתחייבות גרידא.

ולבסוף: הרישום - בתום-לב - במירשם המקרקעין. הרישום הוא האקט הקונסטטיטויבי יוצר זכות הקניין, ובו מסתיים מעשה ההקנייה.

ניתן דעתנו כי שלושה יסודות אלה - כל אחד מהם לעצמו, הגם שבעוצמה שונה - נותנים ביטוי לגורם ההסתמכות, אף נדרשים הם ממנו. גורם ההסתמכות - הגם שלא רק הוא - מהווה תשתית לזכותו של זוכה שני ונותן הוא רוח חיים בזכותו של זה.

20. שלושה יסודות אלה מבית מידרשה של הוראת סעיף 9 סיפה, משתלבים באורח טיבעי במערכת של עיסקאות נוגדות, אך ישמיעו אנקות-חריקה בנסותנו לשלבם בעיקול מאוחר. לעניינינו של תום-הלב ייאמר, שניתן

לטעון כי יסוד זה אינו כלל לעניין (השוו פרשת בוקר, 134, שם אומר השופט לנדוי כי המעקל "הוא נושה, ואף תום-ליבו, במובן חוסר ידיעה על זכותו של הקונה הבלתי-רשום, אינו מוסיף ואינו גורע (לפחות בהיעדר קנוניה בין המעקל לבין הבעל הרשום)". עיסקת-היסוד שיצרה את חובו של בעל הנכס נולדה, אפשר, בזמן שהחייב טרם רכש את הנכס - מכל מקום, אפשר שנולדה קודם העיסקה שעשתה את הזוכה הראשון - ואינטרס ההסתמכות, כך ניתן לטעון, אינו כלל מן-העניין. כשאני לעצמי, דומני כי ידיעתו או אי-ידיעתו של המעקל על קיומה של התחייבות קודמת באשר לנכס המקרקעין, אינה כלל לעניין.

למשל: נניח כי לחייב נכס אחד בלבד אותו התחייב למכור לזוכה הראשון. נוסף ונניח כי המעקל יודע על אותה התחייבות. האם ידיעה זו תגיע את המעקל בהיעדר תום-לב? ולהיפך: נניח כי המעקל אינו יודע על אותה התחייבות. האם אי-ידיעה זו תִּצָּקֶה אותו בדבר? דומה איפוא כי בין כך ובין כך, שאלת תום-הלב - ככל שנסבה היא על ידיעת ההתחייבות הקודמת - אין היא לעניין. אני ער לכך כי בפרשת בן צבי נ' סיטין (שם, 25) שלל בית-המשפט את תום-ליבו של המעקל "במובן זה שהוא ידע או עצם עיניו מלדעת ומלראות כי הנכס הוא נכס מגורים אשר עליו חלה הילכת שיתוף הנכסים". ואולם אמירה זו השתלבה בהחלטת בית-המשפט להעדיף את זכות האשה על זכותו של בעל-החוב. אכן, יסוד תום-הלב אינו ממלא תפקיד ראשי כתפקיד שהוא ממלא בעיסקאות נוגדות (איננו מדברים, כמובן, בקנוניה או במעשה-רמיה).

גם יסוד התמורה יידחק בקושי אל עניינו של עיקול מאוחר. התמורה היא, על דרך הכלל, תמורה-שלעבר - תמורה שניתנה לעת עיסקת-היסוד שיצרה את החוב - ואינטרס ההסתמכות נעדר לחלוטין.

21. ואשר לרישום במירשם המקרקעין: לא הרי רישום עיסקה במירשם המקרקעין בידי זוכה שני כהרי רישומו של עיקול בידי מעקל מאוחר. ראשית לכל, בעניינו של זוכה שני - ובהתקיים שני התנאים האחרים - הנחת-היסוד היא כי רישום העיסקה במירשם המקרקעין חותם וסוגר את העיסקה, והזוכה השני הופך להיותו בעל-קניין לכל דבר ועניין. יסוד קונסטיטוטיובי זה בהקניית הקניין הינו מעיקרי זכותו של הזוכה השני, ויש בו כדי להדגיש את העיקר שבקניין. עמדנו על-כך בפרשת הרטפלד, ולא נוסיף (ראו בעיקר, שם, בפיסקאות 7 ואילך לחוות-דעתי). רישומו של עיקול שונה מקצה-אל-קצה, שכן אין בו ברישום אלא אזהרה לעולם. רישומו של עיקול אינו מקנה למעקל זכות קניין בנכס, ובכך שונה הוא, מעיקרו, מרישומה של עיסקת-קניין במירשם המקרקעין. אכן, זה "רישום" וזה "רישום", ואולם לא הרי רישום כהרי רישום. רישומו של העיקול במירשם המקרקעין אין הוא אותו רישום שסעיף 9 סיפה לחוק המקרקעין מדבר בו. סעיף 9 מדבר ברישום-מקנה-זכויות-קניין, רישום החותם ומסיים עיסקה. אין כן דינו של רישום העיקול, שרישום עיקול אינו אלא ראשיתה של דרך. במערכת של עיקול, המעשה המקביל לרישום על-פי סעיף 9 לחוק המקרקעין, יבוא לעת מכירתו של המעוקל בהוצאה לפועל

ורישומו על-שם הקונה. או-אז נדע כי עניין לנו בעיסקה במקרקעין, ואותה עיסקה תזכה לעדיפות על-פני זכות אובליגטורית קודמת שלא נרשמה. ראו עוד הוראת סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968.

22. ראינו כי זכותו של זוכה שני תומכת עצמה בחוזקה באינטרס ההסתמכות, בעוד אשר אינטרס זה נעדר לחלוטין - או נוכח אך בשולי המערכת - בעניינו של עיקול מאוחר. אפשר ניתן לנסח אותם דברים באמירה כי עיקול, על-פי עצם טיבו, צופה פני-עתיד, בעוד אשר עיסקה צופה, אמנם, אף-היא פני עתיד אך צופה היא אף פני-עבר. צפייה זו אל-עבר הָעֵבֶר, היא-היא - בלשון אחרת - אינטרס ההסתמכות. הסיפה לסעיף 9, בבקשה להקנות - בנסיבות מסויימות - זכות עדיפה לזוכה שני, מייסדת עצמה, בעיקרה, על אותה צפייה אל-עבר הָעֵבֶר. כך, למשל, המבקש לקנות נכס מקרקעין מניח כי הנכס נקי וממורק מכל שיעבוד ומכל זכות נוגדת אחרת. הנה-הוא אינטרס ההסתמכות, הנה-היא הצפיה אל-הָעֵבֶר. צפייה מסוג זה נעדרת, בעיקרם של דברים, במערכת של עיקול, שכן הנחת-היסוד היא שהמעקל מעקל נכס כמות שהוא, על מומיו ופגמיו (as is).

23. אין בכוונתנו לומר כי מעקל מאוחר לא יזכה לעולם בעדיפות על זוכה ראשון. אך זכותו של מעקל לא תהא כזכותו של זוכה שני, ולו משום שהוראת סעיף 9 סיפה לא תחול עליו כמות-שהיא. אכן, במקרים יוצאי-דופן יוכל בעל עיקול מאוחר לזכות בעדיפות, ועל כך אף נאמר מילים אחדות באחרית חוות-דעתנו.

24. כללם של דברים: מכל טעמים שמנינו מתקשים אנו להסכים להילכת בוקר, לאמור, להלכה שעיקול מאוחר בידי פלוני יגבר על התחייבות שקדמה לו לעשיית עיסקה אם אלמוני. הילכת בוקר הדגישה-ביתר את יסוד הרישום במירשם המקרקעין - מעבר לראוי לו על-פי המחוקק - תוך שחיסרה במעמדן - שמא נאמר: התעלמה מקיומן - של התחייבויות להקניית זכויות קניין טרם רישומן, כהוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. הילכת בוקר היתה עימנו זמן רב. לדעתי הגיעה עת להזיזה ממקומה.

סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין - הסדר שלילי?

25. בפרשת בוקר סבר בית-המשפט - שלא בצדק, לדעתי - כי זוכה ראשון לא קנה כל זכות שהיא כלפי מעקל מאוחר, ומכאן הסיק כי זכותו של מעקל מאוחר עדיפה על זכותו של זוכה ראשון. משנמצא לו כי לפי פירוש החוק (כנוסחו אותה עת) אף לא יוכל זוכה ראשון להגן על זכותו ברישומה של הערת-אזהרה בפנקסי המקרקעין, הציקה מסקנה זו לשופט לנדוי אשר סבר כי זוכה ראשון ראוי להגנה כלשהי מפני עיקול מאוחר. עמד איפוא השופט לנדוי וקרא למחוקק כי יעשה לתיקון המצב, על דרך הקניית זכות לזוכה הראשון לרשום בפנקסי המקרקעין הערת-אזהרה שתגן עליו מפני עיקולים מאוחרים (פרשת בוקר, 135-136). ובלשונו: "ראוי

הנושא הזה שהמחוקק יקדיש לו את תשומת ליבו בהקדם, כדי להסיר תקלה רצינית העלולה לגרום עוול לקוני מקרקעין."

פסק-הדין בפרשת בוקר ניתן ביום 29.6.71. הממשלה נזדרזה, וביום 27.12.71 נתפרסמה הצעת חוק המקרקעין (תיקון מס' 2), תשל"ב 1971- (הצעות חוק לשנת תשל"ב, 144), בה אמרה הממשלה להיענות לקריאתו של השופט לנדוי. וכה דוברים אלינו דברי-ההסבר, לאחר שמציגים הם את הוראות החוק לעניינה של הערת-אזהרה (שם, 144):

"התעורר ספק, אם חסינות... של הערת אזהרה תעמוד גם לגבי עיקול שהוטל על המקרקעין או במקרה שבעל המקרקעין הוכרז כפושט רגל. סעיף 127 מדבר על 'עסקה סותרת', ועסקה – לפי הגדרת החוק העיקרי – היא 'הקנית בעלות או זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה', כלומר פעולה מרצון בלבד. בפסק הדין של בית המשפט העליון במשפט בוקר... הביע בית המשפט מפי כב' השופט מ. לנדוי, את הדעה שעניין זה ראוי לתשומת לבו של המחוקק.

ההוראה המוצעת באה למלא אחרי המלצה זו וקובעת הוראה מפורשת, כי משנרשמה הערת אזהרה, לא תיפגע זכותו של הזכאי מחמת עיקול שהוטל על נכסי בעל המקרקעין או מחמת הכרזתו כפושט רגל או פירוקו."

לאחר כשנה, ביום 22.12.72, נתפרסם חוק המקרקעין (תיקון מס' 2), תשל"ג 1972-, ובו נוסח חדש להוראת סעיף 127 (ב) לחוק המקרקעין. וכך קובע החוק בלבשו החדש (נשמיט מן המובאה חלקים שאינם נוגעים לענייננו במישורין):

127. (א) (ב) נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה ... הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה ..."	"תוצאות של הערת אזהרה"
--	--------------------------------------

לאמור: זוכה ראשון יכול שירשום הערת-אזהרה בפנקס המקרקעין, ומשנרשמה הערה תחוסן זכותו מפני עיקול מאוחר. עד כאן רקע הדברים - ומכאן השאלה.

26 והשאלה היא זו: האם יש לראות בהוראת סעיף 127(ב) הסדר ממצה ליחס בין זכותו של זוכה ראשון לבין זכותו של מעקל מאוחר? לשון אחר: האם נאמר כי הילכת בוקר נותרה - אליבא דמחוקק - על כנה, וכי

התיקון היחיד בהסדר היחסים שבין זוכה ראשון לבין מעקל הוא זה שנקבע בסעיף 127(ב)? כי בכפוף להוראת סעיף 127(ב) - וכהילכת בוקר - יגבר מעקל מאוחר על זוכה ראשון?

וכך יטען הטוען להיתו של ההסדר הסדר ממצה: הוראת סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, כלשונה וכרוחה אמרה לקבוע הסדר - הסדר ממצה - ליחס בין זכותו של זוכה ראשון לבין זכותו של מעקל מאוחר. וכך: מקום שזוכה ראשון רשם הערת-אזהרה, ידו תהא על העליונה וזכותו של המעקל תיטוג לאחור. ואילו מקום שזוכה ראשון לא רשם הערת-אזהרה, ידו של המעקל תהא על העליונה. בעל-הטענה יוסיף ויטען, כי מסקנה זו נכונה היא בין אם נסכים להילכת בוקר בין אם לאו. אם נקבל את הילכת בוקר כהלכה נכונה, תתבקש המסקנה מאליה. שלפי הילכת בוקר ידו של המעקל המאוחר על העליונה - הואיל והזוכה הראשון לא קנה כל זכות שהיא כלפי המעקל - והתיקון בחוק לא נועד אלא ליתן הגנה-פורתא בידי הזוכה הראשון, הגנה שלא זכה בה קודם לכן.

ואולם, גם אם לא נקבל את הילכת בוקר, כך יטען הטוען, גם-אז יש ונכון לראות את הוראת סעיף 127(ב) כהוראת-חוק ממצה ביחסי הזוכה הראשון והמעקל. טעם הדבר פשוט: משקבע המחוקק כי רישום הערת-אזהרה יש בו כדי להגן על זוכה ראשון מפני עיקול מאוחר, משתמע מדבריו שניים אלה, שניים שהם אחד: ראשית, כי זוכה ראשון נדרש להערת-אזהרה כדי להגן על זכותו מפני מעקל מאוחר, ושנית, כי אי-רישום הערת-אזהרה לא יקנה לזוכה הראשון חסינות, וכי באין-רישום יגבר מעקל מאוחר על זוכה ראשון. מכאן: הוראת סעיף 127(ב) - בצידה של הילכת בוקר - משמיעה הסדר ממצה וחגורת הסדר שלילי סביב לו: זוכה ראשון לא יגבר על מעקל מאוחר אלא אם ירשום בפנקסי המקרקעין הערת-אזהרה.

27 דברים אלה דברי-טעם הם, אך אנו לא נחתום עליהן. בסמוך נעמוד על טעמינו לדעתנו, אך נתקשה שלא להעיר - כבר בתחילת דברינו - על פגם שנפל במירקם החקיקה, פגם שבעטיו החל החוק מהלך על קביים. הכל יסכימו כי בבחינתם של דיני מקרקעין מתוכם-ובהם, התחייבות לעיסקה במקרקעין נעלה היא בחשיבותה מהטלת עיקול על מקרקעין. יתר-על-כן: מי שזכה ובידו התחייבות לעיסקה מבעליו של מקרקעין, אינטרס ההסתמכות שלו גדול לאין-שיעור מאינטרס ההסתמכות של המעקל. שהמעקל אין לו, על דרך העיקרון, אלא מה שיש לחייב - אמור הוא לבוא בנעלי החייב - ואילו הזכאי לעיסקה סומך על בעל הקרקע כי התחייבותו חפה מכל פגם וכי לא נפלה בה כל סירכה. והנה, על-אף כל זאת, מופתעים אנו למצוא כי בהשוואה בין זוכה שני לבין מעקל מאוחר, טורח המחוקק (כביכול) להעניק הגנת-יתר למעקל המאוחר בעוד שהזוכה השני חשוף; שכלפי זוכה שני אין זוכה ראשון חייב כלל ברישומה של הערת-אזהרה - התנאי לרישומה של הערת-אזהרה אינו קבוע לא בסעיף 9 לחוק ולא בכל מקום אחר (ראו עוד להלן) - ואילו כלפי מעקל מאוחר מוטל עליו, על זוכה ראשון,

לרשום הערת-אזהרה, שאם-לא-כן - על-פי הטוענים כך - לא יזכה בהגנה. הנקבל כי בעל זכות נחותה, יחסית - המעקל - כך יעלה במעלות המלכות וזכותו תתעלה על זכותו של זוכה שני, שזכותו זכות נעלה היא על זכותו של מעקל?

28. ואולם, עיקר הנמקתנו לגירסתנו כי הוראת סעיף 127 (ב) לחוק המקרקעין - לאחר התיקון - אינה מקבצת הסדר שלילי, תוקע עצמו בכמה וכמה טעמים עליהם נעמוד בסמוך.

בפרשת א.ש.ר. (רע"א 5768/94, 5614/95, 993/96 א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים

ומוצרי צריכה, (טרם פורסם; בפסקה 93 לחוות-דעתי) תיארתי הסדר שלילי כך:

"ההסדר השלילי אינו אלא צידו השני של ההסדר (הפוזיטיבי) של המערכת, כמגנט זה שצידו אחד צד חיובי הוא (צד ה'פלוס'), וצידו השני צד שלילי הוא (צד ה'מינוס')."

ובפסקה 97 לחוות-הדעת:

"הסדר שלילי המשתמע מגופו של חוק - והעוטף את החוק סביב-סביב לו - הוא אמירה על בלעדיות החוק בתחומים מסויימים, ומדמה הוא עצמו לביטול חוק (או הלכה) בידו של חוק מאוחר"

אשר לדרך איתורו של הסדר שלילי, אמרתי דברים אלה (שם, בפסקה 93):

"התשובה לעצם קיומה ולגבולותיה של אותה מעטפת הסדר שלילי, לא תימצא לנו בפרטי ההסדרים אלא ב'נישמתה' של המערכת, ברוח הנושבת בה, במדיניות שכוונה אותה, בפשרת-האינטרסים שמצאה ביטוייה בהסדרים הפוזיטיביים."

ומכאן נלמד לענייננו: ההיסטוריה הקצרה והקומפקטית של הוראת סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין בנוסחו החדש תלמד אותנו בנקל על "נישמתה של המערכת", על הרוח הנושבת בה, על המדיניות שקוממה אותה, על פשרת האינטרסים שנתכונה בה. והדברים פשוטים: הילכת בוקר הביאה את השופט לנדוי לומר דברים שאמר בתחום המצומצם של הערת-אזהרה, ודבריו אלה נתגלגלו אל הוראת סעיף 127(ב) בנוסחו החדש. הערת השופט לנדוי היתה מצומצמת בתחומי-התפרשותה, וכל-כוונתה לא היתה אלא להסיר את רוע-הגזירה של הילכת בוקר בנושא מסויים ומצומצם. מסקנה נדרשת מכאן היא, שאין בנוסח החדש של סעיף 127 (ב) אלא מה שיש בו, והוא: קורקטיבה מצומצמת להילכת בוקר. הוראת סעיף 127 (ב) לא נתכונה מעיקרה - ולא נתכונה מתחילתה - לקבוע הסדר ממצה ליחס בין זוכה ראשון לבין מעקל מאוחר. הוראת-חוק זו נולדה בצניעות וחיה היא את חייה בצניעות בדרכה-שלה.

29. זאת ועוד. בהתאם להוראת סעיף 126 לחוק המקרקעין, ניתן לרשום במירשם המקרקעין הערת-אזהרה לזכות מי שבעל מקרקעין פלוני התחייב כלפיו לעשות עיסקה באותם מקרקעין. מוסיף סעיף 127(א) לחוק וקובע - גם בנוסחו הקודם גם בנוסחו לאחר תיקון מס' 2 לחוק המקרקעין - כי משנרשמה הערת-אזהרה "לא תירשם עיסקה הסותרת את תוכן ההערה אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו של בית משפט". והנה, על-אף זכותו זו של זוכה ראשון לרשום הערת-אזהרה, אין רישומה של הערת-אזהרה מהווה תנאי מוקדם לזכות העדיפות שלו על-פני זוכה שני. לאמור: סעיף 9 אינו תולה את זכות העדיפות של זוכה ראשון על-פני זכותו של זוכה שני ברישומה של הערת-אזהרה. וכך, לולא הילכת בוקר יכולים היינו לומר דברים אלה, באנלוגיה בין זוכה שני לבין מעקל מאוחר: ומה אי-רישומה של הערת-אזהרה בידי זוכה ראשון אין בה כדי לפגום בזכותו כלפי זוכה שני, כן אי-רישומה של הערת-אזהרה לזכותו של זוכה ראשון לא תפגום בזכותו כלפי מעקל מאוחר (אם יש לו זכות ממקור כלשהו). אכן, אותם טעמים שהולידו את הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין - ואשר לפיו יכול בעל זכות ראשון לגבור על בעל זכות שני בלא שראשון ירשום בפנקסי המקרקעין הערת-אזהרה לזכותו - אותם טעמים עצמם יתפשו, ואף על דרך של קל וחומר, ביחס שבין בעל זכות ראשון לבין מעקל מאוחר. מכאן מסקנה, לכאורה, כי סעיף 127(ב) בנוסחו החדש אין בו יותר משיש בו, וערכו הוא כערכו על-פניו.

יתר-על-כן: גם מיקומו של התיקון לחוק המקרקעין - בין הוראות הערת-האזהרה - יכול שילמדנו כי התיקון, מעיקרו, לא נועד אלא לגדירת הערות-האזהרה ולא לגדירת התחרות בין הזכויות.

מסקנתנו היא איפוא זו, שהוראת סעיף 127 (ב) בלבד לא נכוננה, לא מעיקרה ולא בכלל - בצידה של הילכת בוקר - למצות את מסכת היחסים שבין זוכה ראשון לבין מעקל מאוחר. פירוש: לפיצוח הקושיה שומה עלינו להידרש להילכת בוקר בכבודה ובעצמה ולשרות עימה פנים-אל-פנים.

30. וזו השאלה האמיתית ששומה עלינו להתמודד עימה: נסכים כולנו, בוודאי, כי לאחר קביעתה של הילכת בוקר, כוחו של בית-המשפט העליון עימו להפוך אותה הלכה על-פיה. עשינו כך לא אחת בעבר, ולדוגמה נצביע על פרשת איראני נ' שר הפנים (בג"ץ 4914/91, 5063, פ"ד מו(4) 749), בה הפכנו על-פיה הלכה שנקבעה בד"נ 4/80 טור נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רמת השרון, פ"ד לד(4) 600. אלא שהשאלה בענייננו שאלה אחרת היא. והשאלה היא: האם לאחר תיקונו של סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין ניטל מאיתנו כוח שהיה בידנו קודם אותה חקיקה?

לכאורה, אין כל טעם בטענה כי תיקון מס' 2 לחוק המקרקעין - באין הוראה מפורשת בו - שלל מבית-המשפט כוח שהיה בידו קודם התיקון. ואולם ידידנו הטרדן הטוב לא יניח לנו, וכך יטען לפנינו: לא יהא זה ראוי

ונכון ליתן לנוסחה החדש של הוראת סעיף 127(ב) פירוש צר ומצמצם. ראוייה היא אותה הוראה כי תזכה לפירוש שיתן ביטוי לנשמה שבה. כיצד כך? הנה-כי-כן, הוראת סעיף 127(ב) בלבונה החדש נועדה, מעיקרה, לתקן במעט את הילכת בוקר, תוך שהיא מאמצת את הילכת בוקר כדין מחייב. לשון אחר: הילכת בוקר הלכה נכונה היא, ובהוראת סעיף 127(ב) החדשה כמו בלע אותה המחוקק ועשאה חלק בלתי-נפרד מחוק המקרקעין. רק על רקע הילכת בוקר היה טעם לתיקון חוק המקרקעין, שלולא הלכה שנפסקה בפרשת בוקר לא היה מקום לתיקון החוק. אשר-על-כן: משנעשה התיקון כפי שנעשה, וביודענו כי מחוקק אינו משחית מיליו לריק, נוסף ונדע כי הילכת בוקר נבלעה בחוק המקרקעין והיתה לאחדים עימו. לשון אחר: מאז התיקון לסעיף 127(ב) הפכה הילכת בוקר חוק, וממילא נשלל כוחו של בית-המשפט לבחוש בה ולהופכה על-פיה.

31. טענה זו נדחה מעל פנינו, ולא לחינם כינינו את בעל-דברינו - זו הפעם - בכינוי טרדן. אכן, עד שניסיק כי הלכה הפכה חוק, נצפה לשמוע את המחוקק דובר אלינו מפורשות, קובע באורח ברור כי מאמץ הוא את דבר ההלכה, כי תכלית החוק המתקן היא - בין השאר - לשלול מבית-משפט סמכות הקנויה לו - אף היא בחוק - להפוך על-פיה הלכה שקבע. כל עוד לא מצאנו בחוק אמירות מעין-אלו, תלך ההלכה בדרכה-שלה, החוק ילך בדרכו-שלו, ואנו לא נסיק מסקנות מכלל לא אלא אם לא נוכל אחרת. בענייננו-שלנו לא מצאנו ולו רמז למסקנה כי תיקונו של סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין נועד, בין השאר, לאימוצה של הילכת בוקר. לא מיניה ולא מיקצתיה. החוק לא נועד אלא לשמש קורקטיבה להילכת בוקר, על יסוד הנחה שזו היא אמנם ההלכה. ואולם אין בו בתיקון ולו קצה-חוט העשוי להוליכנו למסקנה כי לאחר היות חוק התיקון ה'ינו כשמשון לאחר ה'יגוז מחלפותיו, כי כוחו של בית-המשפט העליון סר מעליו להפוך על-פיה הלכה שהוא עצמו קבע.

32. כוחנו איפוא עימנו הוא להפוך על-פיה את הילכת בוקר, ומסמכותנו לא נגרע. הוראת סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, לאחר תיקונה, אין עוטפת אותה חגורת הסדר שלילה האוסרת עלינו לשנות מהילכת בוקר. ואכן, דעתנו היא כי ראוי לנו כי נשנה מן ההלכה. על הטעמים לכך הרחבנו והארכנו ומה לנו שנוסיף. דרך אגב: ניתן דעתנו כי יחסי-הגומלין בין בית-המשפט לבין המחוקק מציגים לפנינו מחזה נדיר בן שלוש מערכות: בית-המשפט קובע הלכה; המחוקק מתקן אותה הלכה במעט; בית-המשפט הופך הלכה.

ומכאן שאלה: משתלה עצמו תיקון החוק בהלכה; ומשעומדים אנו לבטל את ההלכה; מה יהא על התיקון בחוק? הנאמר כי התיקון בחוק תולה מעתה על בלימה? תשובתנו היא, כי לא בהכרח כן. ראשית לכל, התיקון פורש עצמו לא אך על עיקול מאוחר אלא גם על צו לקבלת כספים בפשיטת רגל, על צו פירוק ועל מינוי כונס נכסים. אנו ענייננו אין הוא אלא בעיקול בלבד. שנית, בבחינת חיי המעשה - במירשם המקרקעין - בוודאי נודעת לו לתיקון חשיבות. שלישית, רישום הערת-אזהרה יכול שיגן על זוכה ראשון מפני טענות של מניעות,

רשלנות ועוד כיצא-באלו טענות. ראו להלן דברינו בנושא הקורקטיבה. דבר אחרון: גם אם חלק מפועלו של התיקון יגזז עם ביטולה של הילכת בוקר - בבחינת הלך החבל אחר הדלי - גם אז אין זה אלא הרע במיעוטו. בברירה המשולשת העומדת לפנינו, דהיינו: אחת, לאשש את הילכת בוקר וללכת בעקבותיה; שניים, לפרש את התיקון לחוק כמו אימץ את הילכת בוקר אל-תוכו של החוק ובה-בעת אמר לשלול את סמכות בית-המשפט לשנות מאותה הלכה; שלוש, לשנות מהילכת בוקר, וכנדרש מכך לצמצם את פועלו של התיקון לחוק (אשר ביקש אף הוא, מעיקרו, לתקן במעט אותה הלכה); מבין שלוש אפשרויות אלה אצביע בעד האפשרות השלישית. היא הטובה מבין השלוש.

33. כללם של דברים: דעתנו היא, כי ראויה היא הילכת בוקר שנשנה ממנה. זכותו של זוכה ראשון תעמוד לו לא אך כנגד זוכה שני - בסייגים הקבועים בסעיף 9 סיפה לחוק המקרקעין - אלא כנגד מעקל מאוחר אף-הוא. זכותו של זוכה ראשון נדמתה לשיעבוד הרובץ על נכס המקרקעין, ותופשת היא גם כלפי זוכה שני גם כלפי מעקל מאוחר. זו הדוקטרינה, זה ההיקש הנלמד והנדרש מהוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין.

קורקטיבה

34. בראשית דברינו עמדנו על שלוש דרכים עיקריות, חלופיות, לפיתרון חילוקי-הדעות בין זוכה ראשון לבין זוכה שני. כל אחת מן השלוש יכולה שתימנה לזכותה יתרונות מסויימים ובה-בעת תישא בחסרונות מסויימים. שתי דרכים ראשונות מציעות פיתרונות של "הכל או לא-כלום", ואילו הדרך השלישית מציעה לנו לנסות ולעשות איזוני-צדק בין בעלי-הדין. עוד נזכיר, שאפשר כי פיתרון אשר יהלום נכסי-מקרקעין לא יהלום בהכרח נכסי-מיטלטלין, ומיסמכים סחירים אף-הם יתבעו פיתרון לעצמם (ראו בהקשר זה את פרשת הרטפלד, שם, בפסקאות 7 ו-8 - לחוות-דעתי).

35. מחוקק חוק המקרקעין החזיק, כעיקרון, בדוקטרינה של כל הקודם זכה, ואולם הסיג את זכותו של ראשון מפני זכותו של קונה בתמורה ובתום-לב שרשם את העיסקה לטובתו בעודו בתום-לב. דוקטרינה זו אינה יוצאת ידי חובת הכל, ולא לחינם נמתחה עליה ביקורת. כך, למשל, סבר פרופסור אוריאל רייכמן, כי במקום בו לא רשם הערת-אזהרה לזכותו תוך זמן סביר, מחייב זוכה ראשון עצמו בהתרשלות, ובהתקיים קשר סיבתי בין התרשלותו לבין יצירת ההתחייבות השניה, יד הזוכה השני תגבר. ראו: רייכמן "הערת אזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עיסקאות נוגדות", עיני משפט י' (תשמ"ד-1984) 299, 336-337. ראו עוד: נינה זלצמן, דיני קניין, ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג (1994); עורך פרופסור אוריאל רוזן-צבי (561, 585-592); אוריאל פרוקצ'יה, "לשאלת תוקפה הקנייני של הערת אזהרה", עיני משפט ז (תשל"ט-1979) 446, 452.

העמיק בשאלה פרופסור מנחם מאוטנר (ראו מאמריו הנזכרים לעיל, בפיסקה 3). ראו עוד, למשל, מאוטנר, רשלנות הקונה, 521, 529.

אחרים הביעו סברה אחרת, שלדעתם "הנוהג של רישום הערת אזהרה הוא רשות ולא חובה; הלכה, המתנה עדיפותו של א' ברישום הערת אזהרה, תהפוך למעשה את רישומה של זו לחובה ותקעקע את היסוד שעליו בנוי סעיף 9." (ההדגשה במקור - מ' ח'): נילי כהן, התערבות, 375. ראו עוד והשוו: פרופסור ויסמן, "יפוי-כוח בלתי חוזר כתחליף לבעלות", משפטים יד (תשמ"ד-תשמ"ה - 1984-1985) 572, 578. בית-המשפט אימץ דעה זו האחרונה: ע"א 839/90 רז חברה לבנין בע"מ נ' אברהם אירנשטיין פ"ד מה(5) 739, 746. ראו עוד והשוו: ע"א 2242/92 מדינת ישראל נ' בנק אמריקאי ישראלי בע"מ, פ"ד מח(3) 249, 263; ע"א 1235/90 חיים שמחון הרברסט נ' חברת מ.אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ, פ"ד מו(4) 661, 672.

36. הלכה היא, איפוא, כי אי-רישומה של הערת-אזהרה - כשהיא לעצמה - לא תסיג זוכה ראשון לאחר, וידו של זוכה ראשון תהא על העליונה - כלפי זוכה שני - גם אם לא רשם לזכותו הערת-אזהרה; והכל כהוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. הילכת-גיליוטינה זו מסבבה אי-נחת. הנה הוא זוכה ראשון שהתרשל משך שנים: לא רשם הערת אזהרה לזכותו, ואף שיכול היה זכאי היה, לא סיים את הליכי-רישום המקרקעין על שמו. נקפו שנים, ובעל הקרקע ניצל הזדמנות שנקרתה על דרכו והיקנה לזוכה שני אותה זכות שהיקנה לזוכה ראשון. הנאמר כי בכל מקרה - ולעולם - ידו של זוכה ראשון תהא על העליונה? האם עומדים אנו ומצאנים להחיל את הוראת סעיף 9 כלשונה בלא כל יוצאים בצידה? ומה על עקרונות-יסוד במשפט, כעקרון תום-הלב או דוקטרינת המניעות? ומה יהא דין במקרה של הטעיה? ראו עוד: מיגל דויטש, קניין (תשנ"ז 1997-), 174-180.

כך, למשל, בתקופה שקדמה לחוק המקרקעין, מוצאים אנו את בית-המשפט (מפי השופט יצחק כהן) אומר - בהסתמכו על סיפרו של סנל (Snell) על אקוויטי - כי "בעל הזכות הקודמת [עלול] להפסיד את זכות היתר שלו, אם בעל הזכות הקודמת אשם במעשה מירמה או ברשלנות חמורה או אם נוצר השתק הפועל לטובת בעל הזכות המאוחרת": ע"א טייג נ' ישראלי, פ"ד כו(1) 710, 716. ראו עוד האסמכתאות הנזכרות שם. זה היה הדין קודם היות חוק המקרקעין. ואולם גם חוק המקרקעין אינו פטור מעולם של עיקרי-יסוד במשפט. והגם שסעיף 9 - כלשונו - אינו מסייג את זכותו של זוכה ראשון אלא בתחרות עם קונה בתמורה ובתום-לב שרשם את העיסקה על-שמו בעודו בתום-לב, ברי כי זכותו חייבת שתהא מסוייגת גם מכוחן של דוקטרינות כלליות במשפט. ראו עוד והשוו: מאוטנר, רשלנות הקונה 525-527. עקרון האשם (במובנו הרחב) חייב גם הוא שישמיע קול בענייננו (ראו: דניאל פרידמן, "דין הקניין ודין האדם", ספר זוסמן, ירושלים, תשד"ם, 241-253 (249), ואפשר אף שבית-המשפט יוכל להקל על פועלה הגיליוטיני של הוראת סעיף 9 על דרך פיצוי בממון של

הצד הנפגע. ראו עוד והשוו: מאוטנר, יוצרי סיכונים, שם, 155-158. אכן, בלא הקהיית סכין הגיליוטינה של סעיף 9 לחוק המקרקעין, עלול שכרו של ההסדר לצאת בהפסדו.

37. בפרשת סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח' (בג"ץ 3648/97 ועוד; טרם פורסם), עמדנו על טיבה של מדיניות נעדרת-חריגים, ואמרנו עליה דברים אלה (בפיסקה 84 לפסק-הדין):

"... לא שמענו על חריגים שנקבעו למדיניות, והרי מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מסבים בלא שמן להסיקה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות."

באותו הקשר נזכיר את אימרתו של חכם-משפטים על כללים ועל חריגים-לכללים:

Young men know the rules
Old men know the exceptions

הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין היא הצעירה, ואילו אנו, אנו הם הזקנים.

כללם של דברים

38. סוף דבר: מן הטעמים שפירשתי ופירטתי בחוות דעתי - הארכתי בהם, הארכתי-ביתר - אני מסכים למסקנתה של חברתי השופטת שטרסברג-כהן כי דין הערעור להידחות.

אחר הדברים האלה

39. לאחר בְּרָכִי "חזק" ו"תם ונשלם", קראתי את חוות-דעתו של חברי הנשיא ברק. וכך היו הדברים שהיו: לעת בוקר (תרתי משמע - במלעיל ובמלרע) יצאנו חברי ואני אל הדרך, כל אחד מאיתנו בכרכרה משלו; הם - כל אחד מהם - לדרכו, אני לדרכי. כל היום נענו בדרכים - הם בדרכיהם, אני בדרכי - והנה לעת ערב מצאתי עצמי, עייף ויגע, בחצר אחת עם חברי הנשיא, כרכרה ליד כרכרה. קראתי את דברי חברי - והיסכמתי.

ש ו פ ט

השופט י' אנגלרד

אני מסכים לחוות דעתו של חברי, הנשיא א' ברק. אוסיף הערות אחדות:

1. ההלכה שיצאה מתחת ידו של בית משפט זה בפרשת בוקר באה לעולם - כך נראה לי - לא במעט בשל הערת השוליים של סעיף 161 לחוק המקרקעין, תשכ"ט 1969-: "שלילת זכויות שביושר". אם גזירה היא לשלול זכויות שביושר, מה לי יושר אנגלי, מה לי יושר ישראלי? אך מה נעשה אם לפי הקטגוריות המושגיות המקובלות, ההסדר של עיסקאות נוגדות - במסגרת הוראת סעיף 9 לחוק - מכונן זכויות שביושר? כלומר, מה הדין כאשר זכות היושר במקרקעין קמה לפי חוק? אין להטיל ספק בכך כי תוכנו של החוק גובר על הערת השוליים הסתמית והסתומה. לכן, אין מנוס מלפרש את הערת השוליים כמכוונת באופן בלעדי לדיני היושר האנגליים. אולם, בכך לא יהיה חידוש גדול, משום שלפי הוראת סעיף 160 לחוק, לא יחול בענייני מקרקעין סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922-1947. והנה, דיני היושר האנגליים, אם היו חלים, הרי היה זאת באמצעות "ייבואם" דרך הצינור של סימן 46 לדבר המלך.

2. קושי אחר, שעלה משאיפת החוק לעצמאות, מצוי היה בעצם ביטולו של סימן 46 לדבר המלך במועצתו. מאחר שאין להניח, כי השקפתו של המחוקק הייתה שבענייני מקרקעין - בהבדל מסוגיות אחרות - אין עוד לקונות בדיון, השאלה הייתה כיצד להשלים את ליקויי החוק בהעדר הנחיה חקיקתית. עניין זה בא על פתרונו עם חקיקת חוק יסודות המשפט, תש"מ 1980-. כעת על בית המשפט להשלים את החסר בדרך של היקש, ואם בכך אין תשובה, על פי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. נמצא, כי קיימות, עקרונית, שתי דרכים להיזקקות לדיני היושר; האחת, דרך ההיקש, והאחרת, דרך מורשת ישראל.

3. אתעכב קצרות על עניין ההיקש. בינתיים, נחקק חוק הנאמנות, תשל"ט 1979-, אשר יצר מערך שלם של דיני יושר מ"תוצרת ישראל", אלא שאלה נעשו בצלמם ובדמותם של דיני היושר האנגליים. אם יתברר, כעת, כי ההסדר המצוי בסעיף 9 לחוק המקרקעין אינו שלם, הרי קיימת האפשרות להשלימו על פי כללי הנאמנות המצויים בחוק הנאמנות. כי סוף סוף, מערך הזכויות שביושר, שהקימה הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, מבוסס ביסודו על יחס של נאמנות. לכן, דומה, כי הבעיות בדבר פרטי ההסדר, אשר בחלקן הזכרו על ידי חברי, הנשיא ברק, אפשר לפותרן בדרך ההסתמכות על חוק הנאמנות. הבסיס הפורמלי של הסתמכות זו מצוי באחת החלופות הבאות: או בראיית ההסדר של סעיף 9 לחוק המקרקעין כנאמנות שנוצרה על פי חוק, במובן סעיף 2 לחוק הנאמנות; או בהחלתן של הוראות חוק הנאמנות בדרך של היקש, על פי הוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט. נמצא, כי לפי שתי האפשרויות, החלתם של דיני היושר עומדת במבחן של סעיף 161 לחוק המקרקעין, משום שהזכויות, יהא טיבן אשר יהא, הן לפי חוק.

4. בין השאלות, אותן הזכיר חברי הנשיא א' ברק בחוות דעתו, מצויה זו הנוגעת ליחס בין תשלום המחיר בפועל לבין קיומה של הזכות שביושר. יש אמרות בפסיקתם של בתי המשפט באנגליה המציינות כי, במקרה של מכירת קרקע, הנאמנות לטובת הקונה נוצרת באופן הדרגתי לפי תשלום המחיר בפועל. ראה

:Rose v. Watson (1864) 11 ER 1187, at 1190

When the owner of an estate contracts with a purchaser for the immediate sale of it, the ownership of the estate is, in equity, transferred by that contract. Where the contract undoubtedly is an executory contract, in this sense, namely, that the ownership of the estate is transferred, subject to the payment of the purchase-money, every portion of the purchase-money paid in pursuance of that contract is a part performance and execution of the contract, and, to the extent of the purchase-money so paid, does, in equity, finally transfer to the purchaser the ownership of a corresponding portion of the estate.

אולם, קביעה זו בדבר הצמיחה ההדרגתית של זכות היושר על פי קצב תשלום המחיר, אין לראות בה עקרון מוחלט לגבי כל ההיבטים של יחס הנאמנות בין מוכר לקונה. יש לסייגה לפי הקשר הדברים; בפרשה הנזכרת, המדובר היה בזכותם של הקונים להשיב לעצמם את כספי המחיר ששילמו במסגרת חוזה המכר שהתבטל בסופו של עניין. בית המשפט הכיר בזכות העדיפות של הקונים כלפי נושים אחרים, הודות לבעלות שביושר שרכשו הקונים על פי השיעור של תשלום המחיר בפועל. ואמנם בהקשרים אחרים, נקבע כי הנאמנות קמה מרגע הסכם המכר, דהיינו, לפני כל תשלום בפועל של המחיר. ברוח זו נאמר בספרם של **K.J. Gary, P. D.**

:Symes, Real Property and Real People (London, 1981) at 85-86

... However, from the moment when a specifically enforceable contract for sale is entered into with the purchaser, the fee simple is treated in equity as belonging to the [purchaser]. This is so even though the conveyance has not yet been executed and even though the purchase price has not yet been paid. In effect, [the vendor] holds the legal estate on trust for [the purchaser]. The particular type of trust which arises in this situation is often called a 'constructive trust'. When the conveyance of the legal estate is subsequently executed... the legal fee simple will be re-united with the equitable fee simple which passed with the contract.

וראה גם **P. H. Pettit**, Equity and the Law Of Trusts (7th ed., London, 1993) at 176-

177, E. H. Burn, Cheshire and Burn's Modern Law Of Real Property (5th ed.,

London, 1994) at 124-126, Halsbury's Laws of England (4th ed., Vol. 42., 1983) par.

.183, Re Register Of Titles [1954] 2 D.L.R. 18

5. נמצא, כי ההשלכות של קיום הנאמנות תלויות בנסיבות הקונקרטיות: יש חובות של נאמנות המוטלות על המוכר מרגע ההסכם, ויש תוצאות של הנאמנות המותנות בתשלום המחיר. ברוח זו נקבע, כי הסכם מכר של מקרקעין, כשלעצמו, אינו יוצר נאמנות במשמעותה המלאה, אלא באופן מסויג בלבד. כפי שמציין P. H. Pettit, בספרו המובא לעיל, בעמ' 176:

When the purchaser has paid the purchase price in full and has no other obligation to perform under the contract, the vendor is a trustee without qualification, a naked, bare, or mere trustee, but until that state has been reached, he 'is only a trustee in a modified sense' [Royal Bristol Permanent Building Society v. Bomash (1887) 35 ChD 390 at 397], a "quasi-trustee", or as Jessel MR put it [Earl of Agmont v. Smith (1877) 6 ChD 469 at 475], "He is certainly a trustee for the purchaser, a trustee, no doubt, with particular duties and liabilities, for it is a fallacy to suppose that every trustee has the same duties and liabilities, but he is a trustee".

דברים ברוח דומה נאמרו בפסק דין אוטרלי (Taxation Appeals (1994) 28 ATR 1108):

Until the purchaser is entitle to insist upon conveyance of title to the property which he has contracted to purchase, it may be right to describe the vendor as a trustee sub modo of the property and the purchaser as a beneficial owner of it sub modo. Though the purchaser has sometimes been describes as a beneficial owner once the contract is unconditional, the effect of an unconditional contract for the sale of land is more accurately stated by Kitto J as transferring "to an extent" the beneficial ownership of the land: Haque v. Haque (no. 2) (1965) 114 CLR 98 at p. 124.

יש טעם רב בגישה פרגמטית זו, הבוחנת את הפתרונות המתאימים לפי הקשר הדברים. כך, למשל, יש להבדיל בין עניין הנוגע ליחסים הפנימיים של מוכר וקונה, לבין עניין המשליך על זכויותיהם של צדדים שלישיים. סוגיה מיוחדת היא נפקות הנאמנות בין מוכר לקונה מבחינת דיני המיסוי (ראה בעניין זה את ההחלטה האוסטרלית בפרשת (Taxation Appeals (1994) 28 ATR 1108).

6. אשוב לשאלת ההשפעה של תשלום המחיר על מעמד הנושה (של המוכר), המבקש להטיל עיקול על הקרקע שהיא מושא המכר. כאמור, נקודת המוצא הוא ההסדר שבסעיף 9 לחוק המקרקעין, אשר קובע את סדר העדיפויות בין מתקשרים בעסקאות נוגדות. קביעת סדר זה היא בעלת משמעות מעין-קניינית, כמוסבר בחוות דעתו של הנשיא א' ברק. מבחינת המיון המקובל של הזכויות, סדר העדיפות הנדון הוא בבחינת יצירה של זכויות שביישר בין הקונה למוכר, זכויות המשפיעות על מעמדו של הקונה השני. לפי הוראת סעיף 9, אין דרישה כי הקונה הראשון שילם בפועל את המחיר. לכן, אין לעובדה כי קונה זה טרם ישלם את מלוא המחיר כל השפעה על עצם עדיפותו על הקונה השני. אך כיצד משפיע מצב דברים זה על הנושה של המוכר?

7. שאלה זו התעוררה בפסיקתו של בית משפט זה לפני חקיקת חוק המקרקעין. התשובה שניתנה בפרשת **סיגלוב** (ע"א 382,392/65 **סיגלוב ואח' נ' עזיון בע"מ ואח'; חב' גולדמן ואח' נ' עזיון ואח'**, פ"ד (1) 442, 447), הייתה כי העיקול של הנושה, שהוטל על הממכר, תופס כלפי הקונה עד לגובה יתרת המחיר בה חב הקונה כלפי המוכר (ראה גם ע"א 528/66 **שלמה שטרן נ' חברת חלקה 36 בגוש 6127 בע"מ ואח'**, פ"ד כא(2) 342, 352-353). הנמקתו של בית המשפט היא מעניינת:

היוצא מכאן, שכל עוד המחיר לא שולם במלואו - אין נפקא מינה אם פיגר הקונה בתשלומיו אם לאו - לשני הצדדים זכויות קניין שביישר, לקונה כשיעור התשלומים ששילם ולמוכר כשיעור התשלומים שהוא עוד זכאי לקבלם. השווה: **William Lewis v. Benjamin Hawkins**, **23 L. Ed. 113 (1874)**, והרשימה ב- **91 American Law Reports 148** בע' 151, שם. דיני היושר שואפים לעשות צדק בין שני הצדדים; אם לא שילם הקונה אלא את מחצית המחיר, זכויותיהם של שני הצדדים בנמכר שוות הן, ואין להעדיף את הקונה על פני המוכר.

מכאן, שאם לא שילם הקונה את מלוא המחיר, אין זכות בידו לדחות את המוכר כליל מהקניין שנמכר, וגם בעל חוב של המוכר זכאי להיפרע מקניין החייב שלו, במידה שזה לא נתרוקן מתוכנו על-ידי זכותו של הקונה. נמצא: המערערים, שביום הטלת העיקול לא הספיקו עוד לשלם את המחיר במלואו, אינם זכאים לדרוש הסרת העיקול על מנת שייטלו את הקניין שבדין חופשי מעול העיקול הרובץ עליו. אם נכונה הטענה עליה הם מבססים את תביעתם - ועל כך לא חיוונו דעה - זכאים הם, לכל היותר, לכך שהעיקול יוסר, אם הם יעמידו את עודף המחיר שהיו חבים עוד ביום 14 ביולי 1964, לרשות בעל העיקול כדי שהוא ייפרע. כשם שקניין המערערים, לפי תורת היושר, אינו אלא ביטוי לתשלומים שהם שילמו, עודף קניינו של המוכר הוא ביטוי לעודף המחיר שעוד זכאי היה לקבלו בתאריך האמור, כמו שנתבאר, ומה צידוק יש להוציא עודף קניין זה מידי בעל חוב של המוכר? (ע"א 282,292/65 בע' 447)

8. האם, לאחר ביטול הלכת בוקר, חוזרת גם עטרת הלכה זו ליושנה? ספק רב בעיני אם דבר זה אפשרי. הנמקתו של בית המשפט מסתמכת על פעולתם של דיני היושר האנגליים, המעניקים, כביכול, גם למוכר זכות שביישר בממכר עד לתשלום מלוא המחיר על ידי הקונה. זכות שביישר זו אצל המוכר היא אשר משמשת התשתית להטלת העיקול על ידי נושה של המוכר עד לגובה יתרת המחיר. אך, לפי הוראת סעיף 161 לחוק המקרקעין, אין זכויות במקרקעין אלא לפי חוק. מניין תצמח אפוא זכות שביישר מעין זאת למוכר? אין

בהוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין לא דבר ולא חצי דבר על זכות מעין זאת של המוכר, אשר תזכה את נושה בעיקול על יתרת המחיר. גם בחוק הנאמנות, איני מוצא אסמכתא כלשהי לגישה מעין זאת.

9. אציין, דרך אגב, כי ספק רב בעיני אם להלכה שנפסקה בפרשת **סיגלוב** הנזכרת יש בסיס איתן בפסיקה האנגלו-אמריקאית. המקורות המובאים על-ידי השופט י' זוסמן אינם תומכים במסקנה כי בידי נושה כללי של המוכר זכות לרדת לנכס הנמכר. הן פסק דין זה והן הרשימה המצוטטת, עוסקים באופן בלעדי בשיעבוד מכללא שביושר של המוכר על יתרת המחיר (**vendor's equitable lien**). הנהנה מזכות שיעבוד זו, שמקורה בדיני היושר, זכאי, כמובן, לממשה מתוך הנכס. המקורות מזכירים את האפשרות כי המוכר ימחה את זכויותיו לצד שלישי. אך אין כל רמז לכך כי נושה כללי של המוכר יכול לפעול בדרך ישירה לגבי המימכר.

10. העולה מן האמור, כי ענייני העיקול הולכים אחר הדינים הרגילים: המוכר, בתור נושה של הקונה, החב את תשלום המחיר, יכול, כמובן, להטיל עיקול על הקרקע עד לגובה יתרת החוב, וזאת גם לאחר העברת הבעלות החוקית. נושה של המוכר יכול, כמובן, להטיל עיקול על זכותו החיובית של המוכר לקבלת יתרת החוב מן הקונה, והאחרון יהיה אז חייב לשלמה לנושה. אך - בניגוד להלכה הישנה - אין הנושה יכול להטיל עיקול במישרין על הקרקע הנמכרת, וזאת בשל העדר יריבות עם הקונה. אם ברצונו של הנושה להפעיל את זכות העיקול על הקרקע, הקיימת בידי חייבו המוכר, עליו לעשות זאת, בנסיבות מתאימות, באמצעות כונס נכסים, הרשאי לפעול בשם המוכר. אפשרות אחרת היא, כי המוכר ימחה לו את זכויותיו בדרך הקבועה בחוק המחאת חיובים, תשכ"ט 1969-.

11. לבסוף, בעניין פרשנותה של הוראת סעיף 5 לחוק הנאמנות, הרי גם לי יש קושי גדול לקבל את הגישה כפי שבאה לידי ביטוי באמרות האגב בפסקי הדין, שהוזכרו על ידי הנשיא ברק (בסוף סעיף 23 לחוות דעתו). לכאורה, קשה ליישב את הגישה הנזכרת עם בהוראת סעיף 3(2) לחוק הנאמנות. לכן, מן הראוי לעיין, בבוא המועד, באמרות אלה עיון נוסף.

בסיכום: זכות העדיפות המוענקת לקונה הראשון היא במהותה זכות שביושר אשר מצדה היא ביטוי ליחס נאמנות "תוצרת ישראל". יצירת נאמנות זו בין מוכר לקונה אינה תלויה בתשלום המחיר מצד הקונה, משום שהיא קמה מעצם ההתחייבות לעשות עסקה במקרקעין. ההשלכות האחרות של הנאמנות, הן במישור היחסים בין קונה למוכר, הן כלפי צדדים שלישיים, יש לבחון על פי הקשר הדברים. לשם מציאת הפתרון לגבי ההיבטים שלא הוסדרו במפורש על ידי הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, אפשר להיעזר בהוראות חוק הנאמנות. מעמד

הנושה של המוכר בעניין עיקולים נקבע, באופן בלעדי, על פי הדינים הרגילים, וללא היזקקות לדיני היושר האנגליים.

ש ו פ ט

השופט ת' אור:

אני מסכים לפסקי הדין של חברי הנשיא ברק והשופט מ' חשין, על פיהם יש לסטות מ"הלכת בוקר". כן הנני מסכים, כי ההוראה בדבר עיסקאות נוגדות אשר בסעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט 1969-, מהווה תשתית להעדפת זכותו של קונה זכויות במקרקעין על פני המעקל המאוחר, על אף שהעיסקה לה היה צד לא נגמרה ברישום ואף הערת אזהרה לא נרשמה לזכותו.

מקובלת עלי גם המסקנה, על פיה עדיפותו של הקונה על המעקל המאוחר חלה גם במקרים בהם טרם השלים הקונה את תשלום התמורה קודם הטלת העיקול - כפי שנזכר הדבר במפורש בפסק דינם של הנשיא והשופט אנגלרד.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא ש' לוין:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיעו חברי הנכבדים על יסוד הנמקתו של הנשיא, אותה מקבל אני על כל חלקיה.

המשנה לנשיא

השופט ד' דורנר:

1. גם לדעתי דין הערעור להידחות. הטעם לכך, המקובל על מרבית חבריי, הוא כי סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט 1969-, מקנה בידי אדם שהתקשר בעיסקה לרכישת זכויות במקרקעין, אך העיסקה טרם נגמרה ברישום ואף לא נרשמה הערת-אזהרה אודותיה, זכויות מעין-קנייניות במקרקעין.

סעיף 9, לפי לשונו, מעניק לרוכש כזה זכות עדיפה במקרקעין על-פני מי שרכש בהם זכויות אחריו, אלא-אם-כן הרוכש השני פעל בתום-לב ובתמורה והעיסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב. מכוח היקש - שהוא מקור ממקורות המשפט בישראל לפי סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם 1980 - הסעיף מעניק לרוכש עדיפות גם על-פני מי שעניינם במקרקעין אינו נובע מהיותם "רוכשים", כגון נושים של מוכר המקרקעין המבקשים להטיל עליהם עיקול. שכן, עוצמת האינטרס במקרקעין של בעלי עניין כאלה נופלת מזו של רוכש המקרקעין. הסגת זכותו במקרקעין של רוכש מפני זכותו בהם של רוכש קודם מחייבת, מקל-וחומר, הסגת האינטרס במקרקעין של מי שאינו רוכש. דין דומה חל, מכוח סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א 1971-, באשר למיטלטלין שנרכשו אך החזקה בהם טרם נמסרה.

2. עם זאת, העדיפות הניתנת לרוכש הראשון אינה מוחלטת. כאמור, מקום בו התחרות היא בין שני רוכשים של מקרקעין זכאי הרוכש המאוחר לעדיפות אם פעל בתום-לב ובתמורה והעיסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב. לעניין רוכשים של בעלות במיטלטלין או זכות אחרת בהם, יזכה הרוכש המאוחר בעדיפות אם קיבל את המיטלטלין או את הזכות בתום-לב ובתמורה.

סייגים אלה לזכותו של הרוכש הראשון - שאינם רלוואנטיים כאשר בעל האינטרס המבקש לטרוף את הנכס מידיו אינו רוכש, אלא נושה של הבעלים המקורי המבקש לעקל את הנכס - אינם היחידים. אפילו זכויות קנייניות, ולא-כל-שכן זכויות מעין-קנייניות שבהן מדובר בענייננו, אינן מוחלטות. יצירתן והשימוש בהן כפופים לחובת תום-הלב, ולתורת ההשתק הנגזרת ממנה במשפטנו. ראו רע"א 4928/92 **עזרא ואח' נ' המועצה המקומית תל-מונד**, פ"ד מז(5) 94, בע' 100-101; ע"א 4420/90 **מפעלי נייר אמריקאיים ישראלים בע"מ ואח' נ' הצמיג בע"מ** (לא פורסם), בסעיף 7. עמד על כך חברי, השופט חשין, בציינו בסעיף 35 לפסק-דינו כי זכותו של הרוכש הראשון "חייבת שתהיה מסויגת גם מכוחן של דוקטרינות כלליות במשפט".

אכן, למשל, גם אם בעצם ההימנעות מרישום של העיסקה או של הערת-אזהרה אין כדי לשלול את עדיפותו של הרוכש הראשון על-פני רוכשים או מעקלים מאוחרים, הרי שבנסיבות שבהן אי-הרישום נבע מרשלנות של ממש, ולא-כל-שכן מכוונה להטעות, עשויה העמידה של הרוכש על בכורתו להיחשב שימוש בזכות שלא בתום-לב. והוא הדין במצב שבו רוכש של מיטלטלין או זכות בהם נמנע ללא הצדקה מלקבלם. זאת במיוחד מקום שבו בעלי האינטרסים המתחרים הסתמכו על המצג שיצר הרוכש ברשלנותו, ושינו מצבם לרעה על-סמך הנחתם כי הנכס מצוי בבעלות המוכר. ייתכן שגם רוכש שטרם שילם עבור הנכס, או ששילם חלק קטן בלבד ממחיר הנכס, יהיה מנוע מלעמוד על זכותו בנכס לעומת תובעים אחרים של זכויות בנכס. הלוא גם הלכת ד"נ 30/67 **ח' שטרן נ' ש' שטרן**, פ"ד כב(2) 36, שלגירסה "נוסח ישראל" שלה אנו שבים בפסק-דין זה,

התייחסה למקרה שבו המוכר שילם את מלוא המחיר. ראו שם, בע' 39 ו-45. ראו גם בדן המקורי: ע"א 528/66 שטרן נ' חברת חלקה 36 בגוש 6127 בע"מ ואח', פ"ד כא(2) 342, בע' 353.

בשאלה אימתית תיחשב עמידה של רוכש ראשון על זכותו בנכס כשימוש בזכות שלא בתום-לב אין אנו נדרשים לקבוע מסמרות בערעור זה, וניתן להשאיר את ההכרעה בה למקרים שבהם היא תידרש. שכן, בענייננו נובעת זכותה של המשיבה מהסכם ממון בין בני-זוג, שכמוסבר בסעיף 18 לפסק-דינה של חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, ככלל אין לדרוש רישום הערת-אזהרה על-פיו. והוא הדין, כמובן, במקרים שבהם רישום הערת-אזהרה אינו אפשרי, כגון כשהמקרקעין אינם רשומים, או שהם רשומים על-שם חברה משכנת.

3. ההכרה בחריגים נוספים, מעבר לאלה הקבועים בסעיף 9 לחוק המקרקעין, לעדיפות זכותו במקרקעין של הרוכש הראשון, מאפשרת אף מתן נפקות של ממש להוראת סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, שלפיה זכויות הנובעות מעסקה במקרקעין שנרשמה עליה הערת-אזהרה לא יהיו נתונות לפגיעה עקב צו-עיקול, קבלת נכסים בפשיטת-רגל, פירוק או כינוס-נכסים. רישומה של הערת-אזהרה על-ידי הרוכש יקשה עד מאוד - גם אם לא ימנע כליל - לטעון כנגדו כי עמידתו על זכותו בנכס אינה בתום-לב.

בכפיפות להערות שלעיל מסכימה אני לדחיית הערעור, כמוצע על-ידי חברי.

ש ו פ ט ת

הוחלט פה אחד לדחות את הערעור באופן שאין מניעה שהמקרקעין יירשמו על שם האישה ויועברו לצדדים שלישיים, וכן להטיל על הבנק הוצאות בסך 35,000 ש"ח.

ניתן היום, ד' באלול תשנ"ט (16.8.99).

הנשיא המשנה לנשיא שופט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן / מזכיר ראשי
06J.95001890