

ע"א 2643/97

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לוין
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופט י' אנגלרד
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

המערער: גנז שלמה

נגד

המשיבים: 1. בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ
2. נוטריקון חברה בע"מ
3. אפק קבוצת פועלים להתישבות שיתופית בע"מ
4. רשם המקרקעין נצרת, משיב פורמלי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בנצרת בת.א. 314/94 מיום 5.3.97 שניתן
על ידי כבוד השופט מנחם בן-דוד

תאריך הישיבה: ב' באב התשס"א (22.7.2001)

בשם המערער: עו"ד שמואל אפל

בשם המשיבה מס' 1: עו"ד יעקב משעל

בשם המשיבה מס' 2: עו"ד אלימלך בירנברג

בשם המשיבה מס' 3: עו"ד יוסף בריןט

הנשיא א' ברק:

ראובן מכר מקרקעין לשמעון. העסקה הושלמה, פרט לרישום בפנקסי המקרקעין. שמעון מכר המקרקעין ללוי. עסקה זו הושלמה, פרט לרישום. לוי לא רשם הערת אזהרה. חלפו שנים רבות. שמעון מכר המקרקעין בשנית ליהודה, אשר רשם מיד הערת אזהרה. לוי תובע אכיפת ההסכם עימו ורישום המקרקעין על שמו. שמעון ויהודה מתנגדים לכך, תוך שיהודה מבקש כי ההסכם עימו יאכף. ראובן אינו נוקט כל עמדה. עם מי הדין? זו השאלה הניצבת בפנינו בערעור זה.

העובדות

1. בריטיש וקולוניאל בע"מ (להלן - בריטיש) רשומה כבעלים של מקרקעין. בריטיש מכרה את המקרקעין לנוטריקון בע"מ (להלן - נוטריקון). המכר לא נסתיים ברישום. נוטריקון מכרה את המקרקעין (ב-1976) לגנז (המערער בפנינו). המקרקעין לא נרשמו על שמו, והוא לא גילה בהם כל עניין במשך למעלה משבע-עשרה שנים. הוא לא ידע כלל על קיומה של בריטיש. קיימת מחלוקת אם הוא שילם את מלוא המחיר בגין רכישת המקרקעין. לצרכי הערעור שלפנינו אנו מניחים - כפי שהניח בית המשפט המחוזי - כי גנז מילא את כל התחייבויותיו על פי ההסכם (מ-1976). חלפו שבע-עשרה שנה. נוטריקון מכרה (ביום 5.5.93) את המקרקעין לאפק קבוצת פועלים להתיישבות (להלן - אפק). אפק הוא קיבוץ. הוא עיבד את המקרקעין עשרות שנים. חלקות סמוכות נרכשו על ידו במישרין מבריטיש. בעת כריתת החוזה בין נוטריקון לאפק פעלה אפק בתום לב. אפק בדקה הרישום במרשם ונוכחה לדעת שהמקרקעין הם של בריטיש ואין עליהם כל טענת זכות. העסקה דווחה לרשויות המס. בהסכמת נוטריקון ובריטיש נרשמה הערת אזהרה לטובת אפק. אפק מילאה את חלקה בהסכם. בריטיש ונוטריקון מוכנים לקיים ההסכם עם אפק. בטרם הסתיים הליך הרישום פנה גנז לבית המשפט המחוזי. הוא קיבל צו מניעה זמני. הוא תבע אכיפת ההסכם בינו לבין נוטריקון. הוא ביקש פסק דין הצהרתי כי הוא זכאי להרשם כבעל המקרקעין. הוא ביקש צו למחיקת הערת האזהרה. הוא צירף את בריטיש ואת אפק כנתבעים נוספים. הוא ביקש גם לאפשר

לו פיצול סעדים, באופן שיוכל להגיש תביעה נפרדת לפיצויים כנגד נוטריקון. מבוקשו ניתן לו.

בית המשפט המחוזי

2. בית המשפט המחוזי (השופט מ' בן-דוד) דחה את תביעתו של גנז. הוא הניח, לעניין זה, כי גנז מילא את חלקו בהסכם (מ-1976) עם נוטריקון. בדחותו את תביעתו של גנז ביסס עצמו בית המשפט על הקביעות הבאות: ראשית, הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן - חוק המקרקעין) - העוסקת בעסקאות נוגדות - אינה חלה, שכן נוטריקון לא היה בעל המקרקעין; שנית, גם אם הוראה זו חלה, לא יוכל גנז לזכות על פיה, שכן לא קיים רצף של פעולות בין ההתחייבות של נוטריקון לבין השלמת הרכישה ברישום; שלישית, אפילו מתקיימות הוראות סעיף 9 לחוק המקרקעין בעניינו של גנז, אין הוא זכאי על פי הוראה זו, שכן הוא התרשל באי רישום הערת אזהרה; ובשב ואל תעשה במשך שבע-עשרה שנים. לבסוף, ביחסים שבין נוטריקון לגנז, אכיפת החוזה תהא בלתי צודקת (במובן סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; להלן - חוק התרופות).

הטענות בערעור

3. גנז (המערער) טוען בפניו, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין חל בעניינו, וכי הוא זכאי מכוחו לסעדים אותם ביקש. לטענתו, קביעתו של בית המשפט המחוזי כי רשלנותו פוגעת בזכויותיו כלפי אפק, וכי שיקולי צדק מונעת אכיפת התחייבותו של אפק כלפיו, אינה עומדת במבחן פסיקתו של בית המשפט העליון. גנז טען גם לעניין הוצאות שהושתו עליו. נוטריקון (המשיבה מס' 2 לפנינו) טוענת כי אין היא בעלים של המקרקעין, ואין היא יכולה להיענות לתביעתו של גנז לרישום המקרקעין על שמו. כן תומכת היא בפסק דינו של בית המשפט המחוזי לעניין רשלנותו של גנז ולעניין אי אכיפת ההתחייבות כלפיו. אפק תומכת יתדותיה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. היא מוסיפה כי העסקה בין נוטריקון לגנז לא דווחה

לרשויות המס, ועל כן אינה חוקית. לטענתה, שיקולים של צדק (כאמור בסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970) מחייבים אכיפת החוזה עימה. בריטיש (המצויה בפירוק) הודיעה לנו כי היא מכרה המקרקעין לנוטריון, ואין לה כל עניין בתיק.

איפיון החוזים של נוטריון

4. המשימה הראשונה המוטלת עלינו היא באיפיון החוזים אשר נוטריון כרתה עם גנז ועם אפק. כל סוגיו של הסדר ודיניו שלו (ראו ע"א 4796/95 אלעובדה נ' אלעובדה, פ"ד נא(2) 669, 676; ש' לרנר, "המחאת חיובים" (בתוך) דיני חיובים – חלק כללי 89 (העורך ד' פרידמן, 1994)). כך, למשל, לא הרי הדין אם נוטריון המחתה את זכותה פעמיים, כהרי הדין אם נוטריון התחייבה למכור את זכותה לקונים שונים. במקרה הראשון עניין לנו בשאלות של "שוק פתוח" (סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969). במקרה השני עניין לנו בשאלות של "עסקאות נוגדות" (סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; סעיף 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971). הפתרון לפי כל אחת מהמערכות הנורמטיביות הללו עשוי להיות שונה. מהו ההסכם אשר כרתה נוטריון בפרשה שלפנינו? שאלה זו רלבנטית בענייננו, שכן ביחסים שבין בריטיש לנוטריון, בריטיש משתפת פעולה עם נוטריון, וכל צו שיינתן כנגד נוטריון יכובד על ידי בריטיש.

5. איפיונו של החוזה - או אם תרצו סיווגו - נקבע בראש ובראשונה על פי לשון החוזה ותכליתו. עניין לנו בפירוש החוזה במגבלות הדין (ראו א' ברק, פרשנות במשפט 55 (כרך רביעי, 2001)). בחינתם של שני החוזים שכרתה נוטריון מלמד, כי נוטריון התחייבה למכור את המקרקעין לגנז (בחוזה הראשון) ולאפק (בחוזה השני) ולא את ההתחייבות של בריטיש כלפי נוטריון. הדברים נאמרו במפורש בשני החוזים. בחוזה עם גנז נאמר כי "המוכר מתחייב למכור ולהעביר" את המקרקעין לגנז. בחוזה עם אפק נאמר כי "המוכרים מוכרים בזה לקונה והקונה קונה בזה מהמוכרים את החלקות". גם נסיבות כריתת החוזים מובילות לאותה מסקנה עצמה, לפיה נוטריון נטלה על עצמה למכור לקונים ממנה את המקרקעין.

נמצא, כי נוטריקון - אף שאינה הבעלים של המקרקעין (בהיעדר רישום) - נטלה על עצמה התחייבות להעביר בעלות במקרקעין לגנז ולאפק, והיא מסוגלת לקיים התחייבותה זו לאור עמדתה של בריטיש.

המסגרת הנורמטיבית

6. מהי המסגרת הנורמטיבית שבגדרה ייבחנו זכויות הצדדים? לדעתי, התשובה על שאלה זו הינה, כי עניין לנו בעסקאות נוגדות אשר נוטריקון ערכה. אכן, עסקאות הן נוגדות כאשר הן קשורות בנכס ולא ניתן לקיים את האחת בלא להפר את האחרת (ראו נ' כהן, התערבות ביחסים חוזיים 190 (1982)). זהו המצב בענייננו. אין כל אפשרות לקיים את העסקה שבין נוטריקון לגנז בלא להפר את ההתחייבות שנטלה על עצמה נוטריקון כלפי אפק. בדומה, אין כל אפשרות לקיים את העסקה שבין נוטריקון לאפק, בלא להפר את ההתחייבות שנטלה על עצמה נוטריקון כלפי גנז. מהן ההוראות החלות על העסקאות הנוגדות שעשתה נוטריקון?

7. הדין הישראלי כולל מגוון של הסדרים שעניינם עסקאות נוגדות. עיקרם של הסדרים אלה בהוראות חוק מפורשות המסדירות את דין העסקאות הנוגדות. הסדרים אלה בישראל אינם שלמים. לא פעם מתגלה בהם חסר. את החסר יש להשלים על פי הוראות חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. בעניין שלפנינו, אין לנו צורך להיזקק לשאלת החסר, שכן לדעתי חלה על העניין שלפנינו הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. הוראה זו קובעת:

"עסקאות נוגדות

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

הוראה זו חלה כאשר ראובן מתחייב לעשות עסקה במקרקעין כלפי שמעון, ולאחר מכן - ולפני שנגמרה העסקה ברישום - חוזר ומתחייב לעשות עסקה במקרקעין

כלפי לוי. האם נוטריקון התחייבה לעשות עסקה במקרקעין כלפי גנז ולאחר מכן חזרה והתחייבה לעשות עסקה במקרקעין כלפי אפק? לא היה כל קושי במתן תשובה חיובית לשאלה זו, אם נוטריקון היתה בעלת המקרקעין. אך, כידוע, העסקה בין בריטיש לנוטריקון לא הסתיימה ברישום. על כן, אין לה לנוטריקון בעלות במקרקעין. אלה נשארו בבעלותה של בריטיש. כל שיש לה לנוטריקון הוא זכות "מעין קניינית", המהווה "זכות שביושר נוסח ישראל" (ראו ע"א 181/73 שטוקמן נ' שפיטאן, פ"ד כח(2) 182, 187; ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, 244; להלן: פרשת בנק אוצר החייל). האין לומר כי במצב דברים זה אין תחולה להוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין?

8. לדעתי, תחולתו של סעיף 9 לחוק המקרקעין נקבעת על פי פירושה של ההתחייבות שנטל על עצמו המתחייב. לעניין זה, אין כל חשיבות לשאלה אם בשעת יצירת ההתחייבות היה אותו אדם בעל זכות במקרקעין, אם לאו. תחולתו של סעיף 9 לחוק המקרקעין נקבעת על פי מובנה של התחייבותו ולא על פי היקף זכויותיו. טול אדם שאין לו כל קנין במקרקעין. תקוותו היא כי בעתיד הוא יזכה לבעלות באותו נכס. ראובן מוכר את הנכס לשמעון, ולאחר מכן חוזר ומוכר אותו נכס ללוי. בשני המקרים, אין, כמובן, כל רישום של העסקה. לאחר מכן הופך ראובן לבעל הנכס. האם ראובן עשה עסקאות נוגדות במקרקעין? תשובתי היא בחיוב (ע"א 371/89 פורד נ' חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ בפירוק ואח', פ"ד מו(1) 149, 153[ז]; ע"א 4796/95 איברהים חסין אלעוברה נ' איברהים עלי אלעוברה, פ"ד נא(2) 669, 676[ג-ה]; ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' ענת רייך ואח', פ"ד נג(2) 218, 226 (להלן - עניין ריינס); ע"א 682/74 אברהם יקותיאל נ' בינה ואסתר ברגמן, פ"ד כט(2) 757, 761[ו-ז], 768[ד-ה]; ע"א 91/77 לילי ביקסר נ' "עמידר", פ"ד לב(1) 73, 77[ז]; ע"א 842/79 משה נס נ' נחום גולדה, פ"ד לו(1) 204, 218[ה]219-2[ב]; מ' דויטש, "נפילתה(?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי - המשפט בעקבות המציאות", עיוני משפט כד (תשס"א) 313, 322; להלן: "נפילתה ועלייתה"). ראובן "התחייב לעשות עסקה במקרקעין" כאמור בסעיף 9 לחוק. אמת, ראובן אינו בעל המקרקעין, אך סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו דורש כי המתחייב יהיה בעת ההתחייבות בעל המקרקעין; אמת, ראובן מכר את

הנכס, ולא התחייב למכור אותו, אך אין בכך נפקא מינה, שכן הוא עשה "עסקה במקרקעין" ("עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין"; סעיף 6 לחוק המקרקעין; סעיף 6 לחוק המקרקעין). מכיוון שהיא לא נגמרה ברישום "רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה" (סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין). עסקה זו יש לערוך בכתב (סעיף 8 לחוק המקרקעין) (וראו: ע"א 274/79 חורי נ' כנען, פ"ד לה(3) 337, סיפת סעיף 8 לפסק דינו של השופט שמגר; והשוו ע"א 91/77 לילי ביקסר נ' "עמידר", פ"ד לב(1) 73, 77[ז]-78[א]). התוצאה המתקבלת, איפוא, מפירוש החוזה והוראות החוק (סעיפים 6 ו-7) הינה כי ראובן התחייב לעשות עסקה במקרקעין. ובענייננו, נוטריקון התחייבה לבצע עסקה במקרקעין כלפי גנז ולאחר מכן חזרה והתחייבה לבצע אותה עסקה במקרקעין כלפי אפק. לפנינו עסקאות נוגדות כאמור בסעיף 9 לחוק המקרקעין. כזכור, אין קושי לנוטריקון לבצע, הלכה למעשה, כל אחת משתי העסקאות הללו, שכן בריטיש משתפת עימה פעולה, ותהא מוכנה לכל שינוי רישום שיידרש.

9. יטען הטוען: על התחייבותה של נוטריקון יש להחיל את הוראת סעיף 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 (להלן - חוק המיטלטלין), הקובעת -

"עסקאות נוגדות"

12. 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."

על פי טיעון זה, מכיוון שנוטריקון אינו בעל המקרקעין, יש לראות בו כמי שהתחייב להקנות "בעלות או זכות אחרת במיטלטלין" (סעיף 12 יחד עם סעיף 13(א)). לדעתי, אין לקבל גישה זו. נוטריקון לא התחייבה להקנות זכות במיטלטלין. היא גם לא התחייבה להקנות את זכותה "המעין קניינית" ("זכות שביושר נוסח ישראל"). מכיוון שכך, אין תחולה להוראה זו. התחייבותה של

נוטריון היא להקנות בעלות במקרקעין. זוהי עסקה במקרקעין (סעיף 6 לחוק המקרקעין). בהיעדר רישום, "רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה" במקרקעין (סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין), עליה חלה ההוראה בדבר עסקאות נוגדות שבסעיף 9 לחוק המקרקעין.

10. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין אינה חלה בענייננו. שניים היו טעמיו לכך: הטעם האחד היה שאין תחולה להוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, מקום שהמוכר אינו הבעל הרשום של המקרקעין. כפי שראינו, גישה זו אינה מקובלת עלי. גם מי שאינו בעל מקרקעין (או כל זכות אחרת בהם) יכול לערוך "עסקה במקרקעין". הטעם השני שנתן בית המשפט המחוזי הינו כי משחלפו שבע-עשרה שנה בין שתי התחייבויות שנטלה על עצמה נוטריון, שוב אין לומר כי עניין לנו בעסקאות נוגדות. לדעת בית המשפט המחוזי, "הקניית זכות הבכורה והקדימה לבעל העסקה הראשונה תינתן שעה שהוכח קיומו של רצף של פעולות שבין מעשה התחייבות לבין השלמת מעשה הרכישה ברישום... מדובר על תקופת ביניים שאינה יכולה להיות אינסופית ושיש למלא אותה תוכן ממשי ומעשי, בקידום הליכי הרישום". גישה זו אין בידי לקבלה. כל עוד ההתחייבויות להקניית הנכס עומדות בעינן, וכל עוד הן נוגדות, תחול הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין באשר לעסקאות נוגדות. אין כל דרישה לרצף של פעולות (למעט ההוראות בעניין זה המצויות בסעיף 9 לגבי בעל העסקה השניה). אכן, מה ייעשה שופט - על פי גישתו של בית המשפט המחוזי - כאשר עליו להכריע בין שתי עסקאות נוגדות של המוכר? עליו להחליט אם יאכוף את הראשונה בזמן או את המאוחרת בזמן. מדילמה זו אין הוא יכול להימלט. סעיף 9 לחוק המקרקעין פותר דילמה זאת. הנה כי כן, בענייננו חלה הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין. מה מתבקש ממנה לעניין זכויותיהם של גנז ואפק כלפי נוטריון?

עסקאות נוגדות (סעיף 9 לחוק המקרקעין)

11. הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין הינו כי כאשר אדם התחייב בעסקאות נוגדות, "זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה". כלל בסיסי זה לא

יחול - וידו של בעל העסקה השניה על העליונה - אם "השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב" (ראו פרשת בנק אוצר החייל, בעמ' 230, 245, 262; מאוטנר, "עסקאות נוגדות' ורשלנות החוזה שאינו רושם הערת אזהרה", הפרקליט מ' 521 (תשנ"א), וכן Mautner, "The Eternal Triangles of the Law: Toward a Theory of Priorities in Conflicts (Invoking Remote Parties)", 90 Mich. L. Rev. 95). ודוק: הכלל הבסיסי, הקובע את עדיפות בעל העסקה הראשונה, אינו מבוסס על בטלותה של העסקה השניה. עסקה זו בעינה עומדת. היא תהווה מקור לתרופות של בעל העסקה השניה כלפי המתחייב בגין הפרתה (ראו ע"א 1235/90 הרבסט נ' חברת מ' אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ, פ"ד מו(4) 661, 673; להלן - פרשת הרבסט). עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"עדיפות זכותו של הראשון בזמן אין בה כדי להביא לביטול זכותו של המאוחר בזמן. אכן, אין כל סיבה למנוע מהקונה השני זכות לפיצויים כלפי המוכר בגין הנזק, שנגרם לו בשל עדיפות זכותו של הקונה הראשון" (ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הרדי, פ"ד לה(3) 253, 264; להלן - פרשת ורטהיימר; ראו גם ע"א 181/73 שטוקמן נ' ספיטאני, פ"ד כח(2) 182, 187).

אכן, עניין לנו בניגוד בין עסקאות תקפות. כל אחת מהעסקאות ממשיכה לעמוד בעינה. עם זאת בניגוד ביניהן - כלומר, באותה גזרה שאין לבצע האחת בלא להפר השניה - ידה של העסקה הראשונה על העליונה, אלא אם כן העסקה השניה נרשמה בהיות בעל העסקה בתום לב ובתמורה. על כן, אם בעל העסקה הראשונה מממש את זכותו לאכיפת העסקה, עשוי בעל העסקה השניה לזכות בפיצויים בגין הפרתה. אם בעל העסקה הראשונה אינו זוכה (או אינו מבקש) אכיפה, עשוי בעל העסקה השניה לקבל סעד של אכיפה. הפעלתו של הכלל הבסיסי בענייננו מובילה למסקנה כי בהתנגשות בין זכותו של גנז כלפי נוטריקון לבין זכותה של אפק כלפי נוטריקון, ידו של גנז על העליונה.

12. על פי הכלל הבסיסי, כל אחת מהעסקאות הנוגדות עומדת בעינה, תוך שבניגוד ביניהן, ידו של בעל העסקה הראשונה על העליונה. מכאן נובע, כי הכללים הרגילים החלים בהפרת חוזים חלים על כל אחת מהעסקאות הנוגדות. אחד מאותם כללים רגילים הוא הכלל שהנפגע אינו זכאי לאכיפת החוזה, אם "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין" (סעיף 3(4) לחוק התרופות). נמצא, כי בעל העסקה הראשונה לא יזכה לאכיפת זכותו, אם הדבר בלתי צודק בנסיבות העניין. פשיטא כי חוזה לא יאכף אם אכיפתו אינה צודקת כלפי הצד השני לחוזה (המתחייב). אך האם בקביעת הצדק של נסיבות העניין ניתן להתחשב בזכותו הנוגדת של בעל העסקה השניה, ומכוחה למנוע אכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה? שאלה זו התעוררה בדיון הנוסף בפרשת ורטהיימר. הוחלט, ברוב דעות, כי אין להתחשב בשיקולי הצדק של בעל העסקה השניה. התחשבות כזו ממוטטת את ההסדר שהקים סעיף 9 לחוק המקרקעין (ראו גם ע"א 839/90 רז חברה לבנין בע"מ נ' אירנשטיין, פ"ד מה(5) 739, 749; פרשת הרבסט, עמ' 672; ע"א 328/94 מילר נ' יוסף, פ"ד נ(3) 378, 382). הסדר זה מבוסס על עדיפותו של בעל העסקה הראשונה, ולא על היחסיות של שיקולי הצדק שבינו לבין בעל העסקה השניה. אכן, כל עיקרו של הכלל הבסיסי אינו אלא הכרה בעליונות זכותו של בעל העסקה הראשונה לאכיפה על פני הזכות לאכיפה של בעל העסקה השניה. אם עליונות זו תשלל ממנו בשל שיקולי הצדק של בעל העסקה השניה - כגון, הקשיים אליהם ייקלע אם לא יקבל את הנכס והנזק שהדבר יגרום לו - יש בכך משום סתירה פנימית לכלל ההסדר בעניין עסקאות נוגדות. אמת, בטרם הוחק חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, נהגה בפסיקה השקפה לפיה בעסקאות נוגדות נתון שיקול דעת לבית המשפט ליתן עדיפות לאותו בעל עסקה אשר שיקולי הצדק תומכים בו (ראו ע"א 1573/53 זילברשטיין נ' פלק, פ"ד ט' 57, 80). מגישה זו ביקש חוק המקרקעין לסטות. תחת יחסיות שיקולי הצדק של הצדדים, באו הסדרי העדיפות שבסעיף 9 לחוק המקרקעין. "המחוקק עצמו איזן איפוא בין האינטרסים של הקונה הראשון לאכיפה - וכאמור, שאלת האכיפה היא הדורשת הכרעה - לבין האינטרסים של הקונה השני לאכיפה. באיזון זה נתן המחוקק משקל לתום ליבו של הקונה השני ולתמורה שנתן, אך חרף כל אלה, העדיף את זכותו של הקונה הראשון (לאכיפה)

על פני הנזק, העשוי להיגרם לקונה השני, שתמורתו נכשלה" (פרשת ורטהיימר, עמ' 265). בצדק ציינה פרופ' כהן כי:

"העובדה כשלעצמה שהמתקשר השני חדר לתמונה, אין בכוחה לשלול מהראשון את זכות האכיפה מטעמים של צדק, שהרי הטבה זו תסכל את הלכת העדיפות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין" (כהן, "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים", הפרקליט לה 215, 240 (1983); להלן, ביטול חוזה).

אין לנקוט פרשנות לפיה מה שסעיף 9 לחוק המקרקעין נותן, סעיף 3(4) לחוק התרופות נוטל. פרשנות ראויה היא פרשנות המגשימה אחדות והרמוניה בין הסדרים חקיקתיים. הרמוניה זו משמעותה, כי אין להכניס בדלת המשנית של הסעד (על פי סעיף 3(4) לחוק התרופות) את שהוצא בדלת הראשית של הזכות (על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין). ההתחשבות בשיקולי הצדק של בעל העסקה השניה כמוה כריקונו של סעיף 9 לחוק המקרקעין מתוכנו המעשי, תוך שינוי המאזן שחוק המקרקעין יצר. ומהכלל אל הפרט: בבחינת זכותו של גנז לאכיפת זכותו כלפי נוטריון, אין להתחשב בחוסר הצדק שאכיפה זו תגרום לאפק.

13. ראינו, כי באכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה חלה הוראת סעיף 3(4) לחוק התרופות. בית המשפט צריך לבחון, בטרם יורה על אכיפת התחייבותו של המוכר, אם מתן צו האכיפה אינו בלתי צודק בנסיבות העניין. שיקולי צדק אלה הם שיקולים שביחסים בין המוכר לבעל העסקה. אין הם שיקולי הצדק היחסי שבין בעל העסקה הראשונה לבעל העסקה השניה. עמדתי על כך בפרשת ורטהיימר, בצייני:

"חוק התרופות חל לעניין אכיפתו של כל חוזה, וממילא הוא חל לעניין אכיפת זכותו של הקונה הראשון כלפי המוכר. במסגרת זו ניתן יהא להתחשב בשיקולי הצדק של הצדדים לחוזה... במסגרת זו רשאי בית המשפט להתחשב בהתנהגותו של הקונה

הראשון, כגון מעשי תרמית או הטעיה או רשלנות
שביצע" (שם, עמ' 267).

בפרשת ורטהיימר עצמה הוספתי וצינתי כי - "לא באה כל טענה בדבר... רשלנות מצידו של הקונה הראשון. כן לא הועלתה כלל הטענה, כי אי-רישום הערת אזהרה על ידי הקונה הראשון עשוי להיות יסוד עובדתי לשלילת זכותו לאכיפה, וזאת, כנראה, משום שהיה מקובל על הצדדים, כי מבחינה עובדתית לא ניתן היה לרשום הערת אזהרה. מכיוון שכך, אמנע אף אני מלדון בשאלה, מה השפעה יש לאי-רישום הערת האזהרה על זכותו של הקונה הראשון, אילו ניתן היה לרשום הערת אזהרה" (שם, עמ' 261). והנה, בפרשה שלפנינו יכול היה בעל העסקה הראשונה (גנז) לרשום הערת אזהרה. בעל העסקה השניה (אפק) בחן את מצב הזכויות במרשם. הוא רשם הערת אזהרה. בנסיבות אלה, היש למנוע אכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה (גנז) בשל מחדלו ברישום הערת אזהרה? מהו הבסיס המשפטי לאפשרות זו?

אי רישום הערת אזהרה

14. סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו מזכיר כלל את הערת האזהרה. רשלנותו של בעל עסקה - בין בעל העסקה הראשונה ובין בעל העסקה השניה - באי רישום הערת אזהרה אינה חלק מהכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין. כיצד, אם כן, ניתן להתחשב בנתון זה? התשובה הינה, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו עומד בבדידותו. הוא חלק ממערך נורמטיבי כולל. מערך זה כולל דוקטרינות כלליות (כגון רשלנות, התעשרות שלא כדין, תום לב) החלות בכל אתר ואתר. אכן, שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא שואפת לאחדות של שיטה ומשפט (ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 530). הדוקטרינות הכלליות של המשפט חלות על כל חלקי המשפט. דבר חקיקה ספציפי אינו עומד בבדידותו. הוא חלק ממערך החקיקה והמשפט. הוא משתלב לתוכו, תוך שאיפה להרמוניה ולאחדות (ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ'

הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 765; ראו גם שטרסברג-כהן, "עקרונות כלליים במשפט הפרטי", המשפט ז (תשס"ב-2002) 523.

15. אחת מאותן דוקטרינות כלליות, החלות בכל תחומי המשפט, היא עקרון תום הלב. על פיה, כל בעל זכות (במובנה הרחב) צריך להפעיל את זכותו בתום לב. עקרון זה - אשר מקורו הפורמלי הוא בהוראות הסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 - הוא עקרון "מלכותי" (בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702, 708). "מצודתו פרושה... על כלל המערכת המשפטית בישראל" (ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742). הוא קובע אמת מידה אובייקטיבית של התנהגות ראויה במכלול היחסים הבינאישיים. אכן, הדוקטרינה של תום הלב "חותכת את משפט ישראל כולו לאורכו ולרוחבו, מלוא כל הארץ כבודה" (השופט מ' חשין ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 230; להלן - פרשת רוקר). דרישת תום הלב משמעותה כי בעל הזכות צריך להפעיל את זכותו ביושר ובהגינות. תום הלב אינו מחייב את בעל הזכות להתעלם מהאינטרס העצמי שלו. תום הלב אינו מניח "מידת חסידות" (ראו ע"א 148/77 רוט נ' ישופה, פ"ד לג(1) 617, 635). תום הלב מניח כי בעל הזכות דואג להבטיח את זכותו. עם זאת, תום הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר ובהתעלם מהאינטרס החברתי. אכן, תום הלב קובע אמת מידה אובייקטיבית של התנהגות הוגנת של בעל זכות המבקש על רקע האינטרס החברתי הכולל להגשים את האינטרס העצמי תוך התחשבות באינטרס של הזולת. עמדתי על כך באחת הפרשות בציני:

"עקרון תום-הלב קובע רמת התנהגות של אנשים הדואגים, כל אחד לאינטרס שלו עצמו. עקרון תום-הלב קובע כי השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. אדם לאדם - לא זאב, ולא מלאך; אדם לאדם - אדם" (פרשת רוקר, עמ' 279).

אכן, התנהגות היא בתום לב אם היא עולה בקנה אחד עם "הסטנדרטים הערכיים הראויים של החברה הישראלית, כפי שבית המשפט מבין אותם מעת לעת" (בג"ץ

59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1), 828, 835).

16. עקרון תום הלב חל גם במסגרת דיני הקניין. היבט מיוחד שלו נקבע במפורש בסעיף 14 לחוק המקרקעין (ראו פרשת רוקר). זהו אך היבט מיוחד של העקרון הכללי של תום הלב החל בכל אתר ואתר של דיני הקניין. יש בכך, במובן מסויים, משום החדרה של עקרון "האשמה החברתית" בדיני הקניין (ראו פרידמן, "דיני הקניין ודין האשם", ספר זוסמן 241, 249 (תשד"ם)). עמדתי על כך באחת הפרשות בציני:

"עקרון תום-הלב חל בגדריו של חוק המקרקעין. אכן, חוק המקרקעין אינו עומד בפני עצמו. הוא חלק מהחקיקה (האזרחית) שלנו. עקרון תום-הלב החל על החקיקה (האזרחית) כולה, חל גם עליו. חוק המקרקעין הינו חוליה בשרשרת החקיקה הישראלית החדשה. הוא פרק חשוב בקודקס האזרחי 'נוסח ישראל'. הקודקס כולו צריך להתפרש כחטיבה אחת... כל פעולה משפטית, כל חיוב וכל משא ומתן חייבים להתבצע בתום-לב... העקרון הכללי של תום הלב מהווה מטריה נורמטיבית הפרוסה על כל הוראות חוק המקרקעין" (פרשת רוקר, עמ' 276).

באותה פרשה הדגיש חברי השופט אנגלרד, כי "עקרון-העל של תום הלב, פורס את כנפיו על כל הזכויות והסעדים שבחוק המקרקעין" (שם, עמ' 223). חברתי השופט שטרסברג-כהן ציינה באותה פרשה כי ראוי להפעיל את עקרון תום-הלב על השימוש בזכות קניין במקרקעין כפי שהוא מופעל באשר לזכויות קנייניות אחרות (ולא רק קנייניות) (שם, עמ' 288). בפרשה אחרת ציינה חברתי השופט דורנר כי "אפילו זכויות קנייניות... אינן מוחלטות. יצירתן והשימוש בהן כפופים לחובת תום-הלב" (פרשת בנק אוצר החייל, עמ' 287). נמצא, כי כל זכות (במובן הרחב) המעוגנת בחוק המקרקעין צריכה להיות מופעלת בתום לב (שם, עמ' 277 וכן מ' דויטש, קניין 321 (כרך א', תשנ"ז)). עם זאת, מהותה של הזכות משפיעה על היקף פעולתו של עקרון תום הלב בגדרה. "כל זכות והערכים והאינטרסים המוגנים על ידיה; כל זכות ועוצמתה שלה; כל זכות ואיזוניה שלה ביחסים עם

ערכים ואינטרסים נוגדים; כל זכות ומידת השפעתו של תום הלב עליה" (שם, עמ' 278). על כן, בהפעלת עקרון תום הלב בגדרי הקניין יילקחו בחשבון התכונות, והמאפיינים של זכות הקניין.

17. סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע את דיני העסקאות הנוגדות. מכוחו ניתנת, בתנאים מסויימים זכות (עדיפה) לבעל העסקה הראשונה, ובתנאים אחרים הזכות (העדיפה) ניתנת לבעל העסקה השניה. על הפעלתן של שתי הזכויות הללו חל עקרון תום הלב (ראו נ' כהן, התערבות ביחסים חוזיים 372; רייכמן, "הערת האזהרה: מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", עיוני משפט י' 297, 337 (1984); להלן - הערת האזהרה; כהן, "חוזה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", הפרקליט מא 161 (1993); להלן - חוזה של קטינה; דויטש, "הקניין כ'תווית'? על תחרות זכויות ופורמליזם", הפרקליט מג 302, 318; להלן - הקניין בתווית; מ' דויטש, שם, עמ' 179; דויטש, "נפילתה ועלייתה", בעמ' 361). הן הזכות של בעל העסקה הראשונה והן הזכות של בעל העסקה השניה, כפופות לעקרון הכללי של תום הלב. עמד על כך השופט מ' חשין בצינו :

"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 העסקה על-שמו בעודו בתום-לב, ברי כי זכותו חייבת שתהא מסוייגת גם מכוחן של דוקטרינות כלליות במשפט... עקרון האשם (במובנו הרחב) חייב גם הוא שישמיע קול בענייננו" (פרשת בנק אוצר החייל, בעמ' 279).

נמצא, כי על השאלה אם חל עקרון תום הלב על הפעלת זכויות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין. התשובה היא בחיוב. נותרה, איפוא, השאלה מה היקף השפעתו של עקרון תום הלב על הפעלת זכויות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

18. הכלל הבסיסי הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין מעניק עדיפות להתחייבות לעשות עסקה שנעשתה כלפי בעל עסקה ראשון, אלא אם כן בהתחייבות הנוגדת

לעשות עסקה במקרקעין כלפי בעל עסקה שני הלה פעל בתמורה ובתום לב, והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב. הפעלתו של כלל בסיסי זה צריכה להעשות בתום לב. נמצא, כי הזכויות (במובן הרחב) המוענקות על פי הכלל הבסיסי לבעל העסקה הראשונה ולבעל העסקה השניה צריכות להיות מופעלות בתום לב. מהן זכויות אלה? על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין, בהתקיים התנאים הקבועים בו, "זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה". עדיפות זו קיימת כלפי המוכר וכלפי בעל העסקה השניה. כלפי המוכר כיצד? בין המוכר לבין בעל העסקה הראשונה נכרת חוזה. על פיו התחייב המוכר לעשות עסקה במקרקעין עם הקונה הראשון. התחייבות זו עליו לכבד. אין בקיום של התחייבות נוגדת לבעל העסקה השניה - כך מלמד אותנו הכלל הבסיסי - כדי למנוע הגשמת זכותו של בעל העסקה הראשונה. על כן זכאי בעל העסקה הראשונה בכל הזכויות המוענקות לצד לחוזה שהחזרה עימו הופר. הזכות העיקרית העומדת לו - ושלעניינה נקבע הכלל הבסיסי - היא זכות האכיפה. זכות זו - מוסיף וקובע עקרון תום הלב - יש להפעיל בתום לב. כלפי בעל העסקה השני כיצד? בין בעל העסקה הראשון לבין בעל העסקה השני אין קשר חוזי. "תאונה משפטית" הפגישה ביניהם (ראו כהן, "חוזה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", שם, עמ' 185). מפגש זה יצר ביניהם יחס משפטי. מקורו של יחס זה בכלל הבסיסי עצמו. עדיפותו של בעל העסקה הראשונה אינה מתמצית רק בזכויותיו כלפי המוכר. עדיפותו מתבטאת גם בזכויותיו כלפי בעל העסקה השני (ראו נ' כהן, התערבות ביחסים חוזיים, 372; רייכמן, שם, עמ' 332). עמדתי על כך בפרשת ורטהיימר, בצייני:

"מעדיפות זכותו של הקונה הראשון על פני זכותו של הקונה השני נובע, כי הקונה הראשון זכאי אף לאכיפה כלפי הקונה השני... מצבים רבים, עליהם יחול סעיף 9 לחוק המקרקעין... הם דווקא אותם מצבים בהם הנכס שוב אינו בידי המוכר, אלא עבר לידי הקונה השני... במצבים אלה זכותו של הקונה הראשון עדיפה על פני זכותו של הקונה השני, אך מה כוחה של עדיפות זו, אם אין לקונה הראשון זכות כלפי הקונה השני? ... זכותו של הקונה הראשון הזוכה לעדיפות מכוח הוראות סעיף 9 לחוק המקרקעין,

עומדת לו לא רק כלפי המוכר אלא גם כלפי הקונה
השני" (שם, עמ' 268, 269).

זכות זו של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה על בעל העסקה הראשונה להפעיל בתום לב. על רקע זה קמה ומתעוררת השאלה שלפנינו, והיא זו: האם חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר וכלפי בעל העסקה השניה מופרת אם בעל העסקה הראשונה נמנע מלרשום הערת אזהרה לאחר כריתת העסקה הראשונה?

19. שאלה זו התעוררה בעבר במספר פסקי דין והושארה בצריך עיון (ראו פרשת הרבסט, עמ' 672; ע"א 328/94 מילר נ' יוסף, פ"ד נ(3) 378, 382; להלן - פרשת מילר; פרשת בנק אוצר החייל, עמ' 247, 279, 288; ע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי, פ"ד נה(4) 730; להלן - פרשת חיג'אזי). נראה לי כי עקרונית תום הלב דורש כי מי שהתחייבו כלפיו לעשות עסקה במקרקעין יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה על דבר העסקה שנעשתה בפנקסי המקרקעין ("טאבו"). בכך הוא לא רק מגן על האינטרס העצמי שלו, אלא גם מתחשב באינטרס של בעל עסקה שניה, אשר עשוי לרכוש הנכס לאחר עיון בפנקסי המקרקעין, ומתוך מחשבה מוטעית כי לא נערכה עסקה ראשונה (ראו זלצמן, "דיני קניין", ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג 561, 592 (א' רוזן-צבי (עורך) 1994)). בהמנעותו מעשיית כל האפשר לרישומה של הערת האזהרה הניח בעל העסקה את התשתית ל"תאונה המשפטית" שבצסקאות הנוגדות. בידו היה למנוע זאת, והוא לא עשה כן. בכך, עקרונית, יש משום מחדל שלא בתום לב. עקרון תום הלב דורש כי בעל העסקה הראשונה יפעל בהגינות, תוך התחשבות בציפיה הסבירה של בעל העסקה השניה. על כן נגזר, עקרונית, מעקרון תום הלב, כי בעל העסקה הראשונה יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, ובכך למנוע את כניסתו של בעל העסקה השניה להתקשרות עם המוכר (ראו דויטש, "הקנין כתווית", עמ' 322; דויטש, נפילתה ועלייתה 361; דגן, "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיח קנייני חדש", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 673, 728 (א' רוזן-צבי (עורך)), (1997)). אכן, במרבית העסקאות במקרקעין בהן הדבר אפשרי נרשמת בפועל

הערת אזהרה (ראו רייכמן, שם, עמ' 299). זוהי הפרקטיקה המקובלת בישראל. דרך מקובלת זו ראויה היא והיא מתבקשת מעקרון תום הלב. עמד על כך פרופ' רייכמן בציינו:

"הנתונים שהובאו... מלמדים כי אי-רישום הערת אזהרה מהווה סטייה מהמקובל בשוק המקרקעין הישראלי. עובדה זו תומכת בכך שיש להכיר בהימנעות מרישום הערה משום הכשלת קונים אחרים והפרתה של נורמת ההתנהגות המקובלת" (שם, עמ' 337).

על גישה זו חזרו מספר מחברים (ראו מאוטנר, "יוצרי סיכונים ו'נקלעי סיכונים' - הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה", משפטים טז 92, 163 (תשמ"ו); מאוטנר, "עסקאות נוגדות' ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה", הפרקליט מ' 521, 525 (1992); מ' דויטש, קניין 174 (כרך א', 1997)). היא מצאה ביטוי במספר אמרות אגב בפסיקה (השופט ד' לויין בע"א 2242/92 מדינת ישראל נ' בנק אמריקני ישראלי בע"מ, פ"ד מח(3) 249, 259 ובע"א 2680/90 ס.מ. יצירה השקעות ופיתוח בע"מ נ' מוזאפאר, פ"ד מט(1) 649, 659; השופט מ' חשין בפרשת בנק אוצר החייל, עמ' 279; השופטת דורנר בפרשת בנק אוצר החייל, עמ' 288). גישה זו ראויה היא. היא אינה מטילה נטל כבד מדי על בעל העסקה הראשונה. היא מקטינה את הסיכון להתרחשותה של "תאונה משפטית" בדמות עסקאות נוגדות. היא מבטיחה הגינות בחיי המסחר.

19. הדגשתי כי "עקרונית" תום הלב דורש מבעל עסקה ראשונה לעשות ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, וכי במחזלו מלעשות כן יש "עקרונית" משום מחזל שלא בתום לב. הדגשה זו על עמדה "עקרונית" נובע מתוך כך, שתום לב נקבע תמיד על פי מהותו של היחס בין בעל הזכות לבין זולתו. היקף תחולתו של תום הלב מתחשב במכלול נתונים משתנים (ראו פרשת רוקר, עמ' 281). לא בכל מקרה ולא בכל הנסיבות יש באי-רישומה של הערת אזהרה משום פגיעה בעקרון תום הלב (ראו פרשת רוז, עמ' 746). הדבר תלוי בנסיבות. הבחנה עקרונית, בעניין זה, הינה

בין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר לבין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה. נפנה, איפוא, לבחינה מדוקדקת יותר של הפרופוזיציה הכללית.

חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר

20. במצב הדברים הרגיל, לא תהא זו הפרת עקרון תום הלב כלפי המוכר, אם בעל העסקה הראשונה לא יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה. מי כמוכר יודע כי הוא מכר את הנכס, ואין צורך בהערת אזהרה כדי להזהירו מלמכור את הנכס בשנית. בצדק ציין השופט א' גולדברג כי במצב דברים זה, "אין להערת אזהרה של הקונה הראשון משמעות לעניין ידיעתו של המוכר בדבר קיומה של עסקה זאת" (פרשת רז, עמ' 746). באי-רישומה של הערת האזהרה אין משום הכשלה של המוכר (ראו דויטש, נפילתה ועלייתה עמ' 362). עם זאת, עשויים להיות חריגים. אחד מאותם חריגים נידון בפרשת רז. כאן נמכרו מקרקעין לראובן. המוכר נפטר. יורשו לא ידע על המכירה. הוא מכר המקרקעין בשנית לשמעון אשר רשם הערת אזהרה. נפסק כי ביחסים שבין ראובן (בעל העסקה הראשונה) ליורש, מוטלת על ראובן החובה - לאחר שנודע לו על פטירת המוכר - להודיע ליורש את דבר העסקה עימו, "בין בדרך של רישום הערת אזהרה (כשמדובר בעסקת מקרקעין) ובין בדרך אחרת" (שם, עמ' 747). במצבים חריגים אלה, תשלל לרוב זכות האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר מכוח הוראת סעיף 3(4) לחוק התרופות, שכן אכיפת החוזה, בנסיבות אלה, הינה בלתי מוצדקת (שם, עמ' 748). לאותה תוצאה ניתן יהיה להגיע מכוח עקרון תום הלב. הפגיעה בצדק (כאמור בסעיף 3(4) לחוק התרופות) פוגעת גם בעקרון תום הלב.

חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה

21. במצב הדברים הטיפוסי אין בעל העסקה הראשונה מפר, באי רישומה של הערת אזהרה, את חובת תום הלב כלפי המוכר. לא כן לעניין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה. כפי שראינו, עקרון תום הלב

מחייב את בעל העסקה הראשונה להתחשב באינטרס הלגיטימי של בעל העסקה השניה. השניים אינם זרים זה לזה. העסקה הנוגדת הפגישה ביניהם. דין העסקאות הנוגדות יצר לאחד זכות כלפי השני. עם הזכות באה הדרישה להפעילה בתום לב. כך הדבר, מקום שהמקרקעין בידי המוכר ובעל העסקה הראשונה מבקש לאכוף את התחייבותו של המוכר כלפיו והדבר נמנע ממנו בשל הפרת עקרון תום הלב כלפי בעל העסקה השניה; כך הדבר מקום שהמקרקעין בידי בעל העסקה השניה, ובעל העסקה הראשונה מבקש לקבלם מידי בעל העסקה השניה. בשני מצבים אלה תמנע האכיפה בשל הפרת עקרון תום הלב באי רישום הערת אזהרה על ידי בעל העסקה הראשונה. כך במרבית המקרים, אך לא בכולם. פשיטא שאין לרשום הערת אזהרה כשאין כל אפשרות בדין לרשום הערת אזהרה (ראו פרשת חגי'אזני). שאלה קשה יותר היא, מה דינו של בעל עסקה ראשונה, שנטל על עצמו התחייבות בחוזה עם המוכר - ולצורך הדוגמא, אנו מניחים שהיא תקפה - לא לרשום הערת אזהרה עד שיבצע פעולות מסויימות (כגון תשלום מרבית המחיר). הנאמר כי בנסיבות אלה, אי רישומה של הערת אזהרה מהווה התנהגות שלא בתום לב כלפי בעל העסקה השניה? לדעתי, התשובה היא בשלילה (ראו דויטש, קניין, 179 (כרך א', 1997); דויטש, נפילתה ועלייתה, עמ' 362). בדומה, אין לראות במחדל מרשום הערת אזהרה משום הפרה של עקרון תום הלב, אם בנסיבות העניין קיימים שיקולים כבדי משקל של מדיניות משפטית המצדיקים אי רישומה של הערת אזהרה. כך הדבר, כנראה, בבני זוג השותפים במקרקעין מכוח הלכת שיתוף הנכסים. דומה שלא נראה זאת כחוסר תום לב אם בן הזוג שאינו רשום במרשם כבעל הנכס נמנע - מטעמים של אחדות המשפחה - מלרשום הערת אזהרה. לבסוף, גם אם מן הראוי הוא שבעל העסקה הראשונה ירשום הערת אזהרה, עליו לעשות כן בתוך זמן סביר לאחר כריתתה של העסקה הראשונה. אין לדרוש ממנו לעשות כן כחלק בלתי נפרד של העסקה הראשונה, וכתנאי לשכלולה.

22. עד כה עמדנו על מצבים שונים המשפיעים על תום הלב של בעל העסקה הראשונה והקשורים בו ובהתנהגותו. התמונה לא תהיה שלמה, אם תום ליבו (האובייקטיבי) של בעל העסקה השניה לא יובא בחשבון. שכן זאת יש לזכור: עקרון תום הלב חל לא רק לעניין זכות האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי

בעל העסקה השניה, אלא גם לעניין זכות האכיפה של בעל העסקה השניה כלפי בעל העסקה הראשונה. שלילת זכותו של האחד מאפשרת אכיפת זכותו של השני. עניין לנו, איפוא, בכלים שלובים ובקשר משפטי הדוק המחייב התחשבות בתום הלב של כל אחד מהצדדים. בצדק ציין דויטש כי:

"השקפה על מושג תום-הלב בעניין אובייקטיבי, משני צידי המטבע, היא הגישה הראויה בתחום דיני העסקאות הנוגדות" (דויטש, הקנין כתווית, עמ' 322).

טול את המקרה בו ידע בעל העסקה השניה, בעת כריתתה, על קיומה של העסקה הראשונה. במצב דברים זה אין לומר כי המנעותו של בעל העסקה מלרשום הערת אזהרה היא שהביאה ל"תאונה המשפטית" שביצירתן של עסקאות נוגדות. הוא הדין אם בעל העסקה השניה רכש את הנכס בלא לבדוק כלל את פנקס המקרקעין, או את מצבו של הנכס, המצוי כבר, אותה עת, בחזקתו של בעל העסקה הראשונה (ראו ע"א 552/86 קניני נ' נאטר, פ"ד מז(2) 102, 105). במצבים אלה ואחרים, עשויה התנהגותו של בעל העסקה השניה לשלול ממנו את הטענה כי בעל העסקה הראשונה פעל כלפיו שלא בתום לב. עם זאת, אינני סבור כי המנעותו של בעל העסקה השניה מלרשום הערת אזהרה - היא ורק היא - שוללת ממנו את זכותו לאכיפה כלפי בעל העסקה הראשונה (להבדיל מבעל עסקה שלישית, אם התרחשה כזו: ראו רייכמן, הערת אזהרה, עמ' 337; כהן, חוזה של קטינה 188).

23. בספרות המשפטית עוסקים לעתים בהתרשלותו של בעל העסקה הראשונה באי רישומה של הערת אזהרה. בחינה זו חשובה היא, אם מבקשים לבסס עילת תביעה בנזיקין של בעל העסקה השניה כלפי בעל העסקה הראשונה. אפשרות זו הועלתה והושארה בצריך עיון (ראו פרשת הרבסט, עמ' 672; פרשת מילר, עמ' 382). בגדריו של עקרון תום הלב, אין לנו עניין באחריות בנזיקין. תום הלב קובע אמת מידה אובייקטיבית. התרשלותו של בעל העסקה הראשונה רלבנטית רק עד כמה שיש בה הפרה של עקרון תום הלב (האובייקטיבי). לא מעבר לכך. בדומה, יש המנתחים את הסוגיות שלפנינו במונחים של דיני השתק. פסק דין זה מבוסס על

עקרון תום הלב, וההשתק הוא רלבנטי כחלק מעקרון זה. אכן, מבחינה טרמינולוגית אין לומר כי מוטלת על בעל עסקה החובה לרשום הערת אזהרה. כל שיש לומר שזהו נטל המוטל עליו. אם יימנע מכך, הוא עשוי להפסיד את כוחו לאכוף את הזכות הנתונה לו על פי הכלל הבסיסי.

היחס בין עקרון תום הלב לבין העסקאות הנוגדות

24. הגעתי לכלל מסקנה כי עקרון תום הלב חל ביחסים בין בעל העסקה הראשונה לבעל העסקה השניה, וכי עקרון תום הלב עשוי למנוע במקרים מסויימים מבעל העסקה הראשונה מלממש את זכות האכיפה כלפי בעל העסקה השניה - זכות המוענקת לו מכוח הכלל הבסיסי שבעסקאות הנוגדות. יהא עליו, איפוא, להסתפק בתביעת פיצויים בגין הפרת חוזה כלפי המוכר. על רקע מסקנות אלה קמה ועולה השאלה, אם מסקנותי עולות בקנה אחד עם פרשת ורטהיימר. בפרשה זו נקבע, כזכור, כי בתביעת האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר, אין להתחשב - בגדרי השיקולים אם אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין (סעיף 3(4) לחוק התרופות) - בשיקולי הצדק של בעל העסקה השניה. האם התחשבות בעקרון תום הלב ביחסים בין בעל העסקה הראשונה והשניה ובהפרת תום הלב בשל אי רישום הערת אזהרה, אין בה חתירה כנגד הבסיס עליו מונחת פרשת ורטהיימר? היו שנתנו תשובה חיובית לשאלה זו, וראו בכך ביקורת כלפי פרשת ורטהיימר (ראו פורת, "השלכות אכיפת חוזה על צדדים שלישיים כנימוק לאי-אכיפתו משיקולי צדק", ספר לובנברג 138 (ד' פרידמן וי' שילה עורכים, תשמ"ח; להלן - השלכות אכיפת חוזה); מאוטנר, "'עסקאות נוגדות' ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה", הפרקליט מ' 521, 530 (1992)). אילו סברתי כמותם, לא הייתי מהסס מלהציע לחברי להסתייג מפרשת ורטהיימר. איני עושה כן, שכן הנני סבור כי אין כל ניגוד בין המסקנות העולות מפסק דין זה, לבין פרשת ורטהיימר. על חוסר ניגוד זה עמדו לא פעם בספרות המשפטית (ראו רייכמן, הערת אזהרה, עמ' 336; כהן, ביטול חוזה, עמ' 24; כהן, חוזה של קטינה, 187; דויטש, קנין, 179; דויטש, הקניין כתווית, עמ' 322; דויטש, נפילתה ועלייתה, עמ' 361).

25. אכן, פרשת ורטהיימר, מבוססת על ניגוד מובנה בין הכלל הבסיסי (הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין) לבין ההתחשבות בשיקול הצדק של בעל העסקה השניה (הקבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות). הטעם לניגוד האמור הוא זה: הכלל הבסיסי, בעיקרו של דבר, קובע דין אכיפה מיוחד. לפיו, בהתקיים התנאים הקבועים בכלל הבסיסי, זכאי בעל העסקה (הראשונה או השניה) באכיפה. דין מיוחד זה אינו לוקח בחשבון את קשייו המיוחדים ("האכיפה היא בלתי צודקת") של הצד שכנגדו מתבקשת האכיפה. על כן, באכיפת זכותו של בעל העסקה הראשונה אין להתחשב במצוקה אישית אליה נקלע בעל העסקה השניה, ובאכיפת זכותו של בעל העסקה השניה אין להתחשב במצוקה אישית אליה נקלע בעל העסקה הראשונה. לכלל זה אין ולא כלום, עם הגישה, כי כל דין אכיפה - בין דין האכיפה הכללי (הקבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות) ובין דין האכיפה המיוחד (הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין) - כפוף לעקרון תום הלב. על כן, כאשר האכיפה מתבקשת על ידי בעל העסקה הראשונה, אין למנוע האכיפה בשל קשייו של בעל העסקה השניה (הלכת ורטהיימר). עם זאת, אין בכך כדי למנוע האכיפה בשל התנהגותו שלא בתום לב של בעל העסקה הראשונה (ראו רייכמן, הערת אזהרה, עמ' 336, 337).

26. יטען הטוען: הלכה למעשה מרוקן עקרון תום הלב - והנטל לרשום במקרים מתאימים הערת אזהרה הנגזר ממנו - את הכלל הבסיסי מתוכנו. תחת הכלל הבסיסי בא כלל חדש, לפיו בעסקאות נוגדות, ידו של מי שרושם ראשון הערת אזהרה על העליונה. אין לקבל גישה זו. פסק דינו זה אינו מבוסס על גישה כללית לפיה ידו של הרושם ראשון הערת אזהרה על העליונה. פסק דין זה מבוסס על העקרון הכללי של תום לב, הקשור קשר הדוק לנסיבותיו של כל מקרה. הנטל לרשום, במקרים מתאימים, הערת אזהרה, אינו מרוקן כלל ועיקר את הכלל הבסיסי. כלל זה עומד בעינו וחל על כל העסקאות הנוגדות כולן (ראו כהן, חוזה של קטינה, עמ' 187; פורת, השלכות אכיפת חוזה, עמ' 158; דויטש, הקניין כתווית, עמ' 322; דויטש, נפילתה ועלייתה, עמ' 363). אכן, לא תמיד תשלל זכותו של בעל העסקה הראשונה בשל אי רישום הערת אזהרה על ידו, או בשל רישום הערת אזהרה על ידי בעל העסקה השניה. הכל תלוי בנסיבות העניין, ובנטל הנגזר מעקרון תום הלב בנסיבות השונות.

מן הכלל אל הפרט

27. גנז הוא בעל העסקה הראשונה. במשך שבע עשרה שנים הוא נמנע מלרשום הערת אזהרה. הוא יכול היה לעשות כן לאור עמדתה של בריטיש. אפק הוא בעל העסקה השנייה. הוא בדק את פנקס המקרקעין בטרם התקשר עם נוטריקון. הוא תפס חזקה במקרקעין. הוא רשם הערת אזהרה. מנסיבות אלה עולה, כי הימנעותו של גנז מלרשום הערת אזהרה היא שהכשילה את אפק, בלא שזה תרם לכך. במצב דברים זה לא יוכל גנז להפעיל את זכות האכיפה כלפי אפק. עמידתו של גנז על האכיפה כלפי אפק מהווה שימוש שלא בתום לב בזכות האכיפה ביחסים בין גנז לאפק. תרופתו של גנז בתביעת פיצויים כנגד נוטריקון. זכות זו נשמרה לו במפורש. נוסף ונציין כי לא מצאנו עילה להתערבותנו בעניין ההוצאות שהושתו על גנז.

התוצאה היא כי אנו דוחים הערעור.

ה נ ש י א

השופט ט' שטרסברג-כהן:

1. שניים אוחזין בקרקע. זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי. למי הקרקע?

א' – בעלים רשומים של מקרקעין – מכר את המקרקעין לב'. העסקה לא הושלמה ברישום. ב' התחייב להעביר בעלות באותם מקרקעין לג'. ג' לא רשם הערת אזהרה לטובתו על המקרקעין. לאחר שבע עשרה שנה חזר ב' והתחייב להעביר בעלות באותם מקרקעין לד', שרשם הערת אזהרה לטובתו. א' מסכים להעביר את הרישום במקרקעין למי שבית המשפט יורה. מי מבין ג' ו-ד' יזכה בעדיפות ויקבל את

המקרקעין? לשם מתן תשובה לשאלה זו יש לבחון את סיווגן המשפטי האפשרי של מערכות היחסים האמורות.

2. נקודת המוצא היא כי לב' זכות אובליגטורית לקבלת זכות קניינית במקרקעין מא'. זכות זו כמוה כנכס לכל דבר ועניין (י' ויסמן דיני קניין - חלק כללי (תשנ"ג) 3.145; מ' דויטש קניין (כרך א', תשנ"ז) 67). בפני ב', המבקש לערוך עסקה במקרקעין, עומדות מספר אפשרויות: הוא יכול להמחות לאח' את הזכות המגיעה לו מא'; הוא יכול להתחייב להעביר את זכותו האובליגטורית שבידו, לאח'; הוא יכול להתחייב לגרום לכך שבעל המקרקעין (א') יעביר את הזכויות הקנייניות במקרקעין לאח'; הוא יכול להתחייב למכור את הזכות הקניינית במקרקעין לאח'. בכל אחת מן האפשרויות האמורות יחולו על העניין הסדרי חקיקה שונים, וביניהם, חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969; חוק המיטלטלין, התשל"א-1971; דיני החוזים; חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. שיבוץ העסקאות לקטגוריה זו או אחרת יכול לגרור תוצאות שונות לגבי זכויות המעורבים בהן.

במקרים רבים קיימת אי בהירות בשאלת מהות הזכות אותה ביקשו הצדדים להעביר ולא תמיד קל לקבוע אם הזכות המועברת - או שהתחייבו להעבירה - היא הזכות האובליגטורית או שמדובר בהתחייבות להעביר את הזכות הקניינית. המגמה העולה מן הפסיקה היא, כי ככל שדובר במקרים בהם המקרקעין טרם נרשמו במרשם ולא ניתן לרשום את הזכויות בהם, או במקרים בהם הזכות הקניינית לא היתה צפויה לעבור לידי המתחייב בעתיד הנראה לעין, יש לקבוע כי אין המדובר בהתחייבות להעביר זכות קניינית, אלא בהעברת זכות אובליגטורית (המחאת זכות) או בהתחייבות להעביר זכות אובליגטורית (ראו: ע"א 514/76 סעידה חשש, ואח' נ' חביבה דמארי, פ"ד לא(2) 505, 515 מול האותיות ד-ו; ע"א 91/77 לעיל, בע' 78 מול האותיות א-ה; ע"א 842/79 מ' נס ואח' נ' נ' גולדה ואח', פ"ד לו(1) 204, 218 (מול האות ה) - 219 (מול האות א); ע"א 328/94 מילר נ' א' יוסף ואח', פ"ד נ(3) 378, 381-382; ע"א

6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך ואח', פ"ד נג(2) 218, 226 (מול האות ז) - 227 (מול האות ה)).

3. לאיזו משבצת משפטית נופלות העסקאות בין ב' ל-ג' ובין ב' ל-ד'? התשובה לכך תקבע על-פי מאפייניו של החוזה ותכליתו, תוך התחקות אחר כוונת הצדדים, בכפוף למגבלות הדין (א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות החוזה (כרך רביעי, 2001), 55-56; ש' לרנר, המחאת חיובים, דיני חיובים - חלק כללי (העורך ד' פרידמן, 1994), ע' 89).

עמדתו של הנשיא בענייננו היא, כי מן החוזים שבין הצדדים ומנסיבות כריתתם עולה, כי נוטריקון (ב') נטלה על עצמה למכור לקונים ממנה (ג' ו-ד') את המקרקעין עצמם (להבדיל מן הזכות האובליגטורית שבידי נוטריקון לקבלת המקרקעין מבריטיש). קביעה זו מקובלת עלי והיא עולה מסעיפים שונים שבחוזים בין הצדדים. בנסיבות אלה, היות ומושא העסקה הוא המקרקעין והיות ולא עולה מן החוזים כוונה שנוטריקון תצא מן התמונה באופן שבעל דינם של גנו ואפק תהיה בריטיש ולא נוטריקון, אין המדובר בהמחאות זכות סותרות. כן אין בפנינו התחייבויות סותרות למכור את הזכות האובליגטורית, שהרי, כאמור, משני החוזים עולה כי הצדדים ביקשו לבצע עסקת מכר של המקרקעין ולא של הזכות האובליגטורית. כמו כן, אין בפנינו שתי התחייבויות חוזיות לפיהן נוטריקון התחייבה כלפי גנו ואפק לדאוג לכך שבריטיש תעביר להם את הזכות הקניינית שבידיה. הטעם לכך הוא שהתחייבויות החוזיות של נוטריקון כלפי גנו וכלפי אפק הן התחייבויות ישירות של נוטריקון, ולפחות ככל שמדובר בחוזה עם גנו, אין כלל איזכור של בריטיש כבעלת המקרקעין. לאור האמור, דעתי היא כשל הנשיא, כי נוטריקון – אף שאינה הבעלים של המקרקעין (בהיעדר רישום) – נטלה על עצמה התחייבות להעביר בעלות במקרקעין פעמיים, לגנו ולאפק.

4. הטענה לפיה במועד יצירת ההתחייבות על-ידי נוטריקון כלפי גנו וכלפי אפק לא היתה נוטריקון - שאינה בעלת הזכות הקניינית במקרקעין אלא רק בעלת התחייבות אובליגטורית

להקנות לה זכות במקרקעין – יכולה להתחייב להעביר את הזכות הקניינית גופה, אינה מקובלת עלי. בשורה של פסקי דין הכיר בית משפט זה באפשרות שאדם יערוך עסקה במסגרתה יתחייב הוא להעביר מקרקעין, הגם שבעת העסקה, המתחייב איננו בעליה של הזכות הקניינית במקרקעין. במקרה כזה, חשוף המתחייב לסיכון שהזכות הקניינית לא תגיע לידי ויבצר ממנו לקיים התחייבותו. הוא עלול להסתכן בחיוב בפיצויים בשל אי קיום התחייבותו (ראו: ע"א 682/74 אברהם יקותיאל נ' בינה ואסתר ברגמן, פ"ד כט(2) 761, 757 מול האותיות ו-ז; ע"א 91/77 לילי ביקסר נ' "עמידר" החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, ואח', פ"ד לב(1) 73, 77 מול האות ז; ע"א 274/79 חורי ואח' נ' כנען ואח', פ"ד לה(3) 348, 337 מול האות ז; ע"א 371/89 פורד נ' חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ בפירוק ואח', פ"ד מו(1) 153, 149 מול האות ז). בענייננו, מדובר במקרקעין מוסדרים שבעליהם הרשום (בריטיש) מוכן להעבירם. אין כל מניעה לקיים את ההתחייבות להעביר את הזכות, שעל-פי נוסחם של החוזים וכוונת הצדדים העולה מהם, היא הזכות במקרקעין עצמם, קרי, זכות קניינית. לאור האמור, יש לבחון את המקרה שלפנינו במסגרת חוק המקרקעין ולא במסגרות האחרות שהוזכרו לעיל.

5. הסעיף הרלבנטי לענייננו, הוא סעיף 9 לחוק המקרקעין הדין בעסקאות נוגדות. מפאת

חשיבותו של הסעיף אביאנו כלשונו:

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

האם יש מקום להחלה ישירה של סעיף 9 על המקרה שלפנינו? התשובה לכך אינה

פשוטה.

השאלה הראשונה העולה היא, האם סעיף 9 חל במקרה בו המתחייב בהתחייבויות

נוגדות אינו בעל הזכות הקניינית, אלא בעל זכות אובליגטורית בלבד. התשובה לשאלה זו אינה

מובנת מאליה. לא ברור כי ה"עיסקה במקרקעין" בה מדבר סעיף 9 כוללת גם עסקה שבוצעה על-ידי אדם שבידיו רק זכות אובליגטורית לקבלת זכות בעלות במקרקעין והוא מתחייב להעביר את המקרקעין לאחר שיגיעו לידיו. אלא, שמקובל עלי כי גם בסיטואציה כזו חל סעיף 9, כאמור בפסק דינו של הנשיא, באשר לשונו של הסעיף ותכליתו מוליכים למסקנה כי גם בעל זכות אובליגטורית לקבלת זכות קניינית המתחייב בהתחייבויות נוגדות בא בגדרו של הסעיף. ראשית, המילים בהם השתמש המחוקק בסעיף 9 הן "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין". "עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה." (סעיף 6 לחוק המקרקעין). התחייבות להקנות זכות בעלות במקרקעין נופלת בגדרה של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, גם אם המתחייב אינו בעל הזכות הקניינית בעת יצירת ההתחייבות (וראו: ע"א 91/77 לעיל, בע' 77 (מול האות ה) - 78 (מול האות א) וכן ע"א 274/79 לעיל, בע' 348 מול האות ז, לעניין "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" לצורך דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין). שנית, סעיף 9 מגלם עקרון מוכר במשפט האזרחי לפיו בתחרות בין שניים, הראשון בזמן זוכה (ראו: נ' כהן לעיל, בע' 43). הסעיף קובע, כי בעסקאות נוגדות במקרקעין, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אלא אם כן, בעל העסקה השניה פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו תם לב, שאז, זכותו עדיפה. סעיף 9 נועד בראש ובראשונה להגן על בעל העסקה הראשונה, שבידיו זכות אובליגטורית לקבל זכות קניינית במקרקעין. זכותו של בעל העסקה הראשונה היא האינטרס המוגן הבסיסי בהסדר שבסעיף 9, והעדיפות נסוגה רק בהתקיים התנאים המפורטים בסעיף. זכות זו היא חיוב מדיני החיובים ואף על-פי כן מעמד מיוחד לה. "למרות שבדיני החיובים אנו מצויים, יש לאותה התחייבות מעמד מיוחד המקרבה לזכות הקניין והנובע מעצם טבעה של ההתחייבות" (נ' כהן, התערבות ביחסים חוזיים (תשמ"ב), 28). בכך יצר המחוקק "זכות שביושר תוצרת הארץ" המצויה בידיו של בעל העסקה הראשונה (ראו: ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, 249 מול האותיות ב-ו, 252 מול האותיות ג-ד (להלן: ענין בנק אוצר החייל)). במקרה שלפנינו, ההתחייבות היא לבצע עסקה קניינית במקרקעין קונקרטיים ומן הראוי להעניק לה הגנה רחבה מזו המוענקת לחיוב חוזי רגיל. אין הגיון ליצור

שוני בין האינטרס של מי שרוכש מבעלים רשום של מקרקעין, זכות אובליגטורית להעביר לו את הזכות הקניינית במקרקעין, לבין האינטרס של מי שרוכש זכות כזו ממי שאינו רשום כבעלים של המקרקעין, אלא שהוא עצמו מחזיק בזכות אובליגטורית להעביר לו את המקרקעין. לזה גם לזה אינטרס מוגן זהה.

מכל האמור עולה, כי ניתן לבחון את התחרות בין גנז ואפק במסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין ולבחון מהו כלל ההכרעה לפי אותו סעיף בנסיבות המקרה דנן.

6. במקרה שלפנינו, לא נרשמה כלל העסקה לטובתו של אפק – בעל העסקה השניה. לפיכך, לא מתקיים רכיב מרכזי הדרוש על מנת להעניק לו עדיפות, שכן סעיף 9 קובע שעדיפות כזו תינתן למי שרכש את הקרקע בתמורה ובתום לב והעסקה עמו הסתיימה ברישום בעודו בתום לב. מכאן, שלכאורה, על-פי כלל ההכרעה שבסעיף 9, בעל העסקה הראשונה – גנז – גובר. אלא שלא בהכרח כך. לשיטתו של חברי הנשיא, נכנס לתמונה עקרון תום הלב, והפעם לא לטובתו של בעל העסקה השניה הנדרש על-פי הוראת סעיף 9 להיות תם לב, אלא לחובתו של בעל העסקה הראשונה. הנשיא סבור, כי "עקרון תום הלב חל ביחסים בין בעל העסקה הראשונה לבעל העסקה השניה, וכי עקרון תום הלב עשוי למנוע במקרים מסויימים מבעל העסקה הראשונה מלממש את זכות האכיפה כלפי בעל העסקה השניה - זכות המוענקת לו מכוח הכלל הבסיסי שב"עסקאות נוגדות" (פיסקה 24 לפסק דינו). לשיטתו, עקרונית, תום הלב דורש מבעל העסקה הראשונה לעשות ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, וכי במחדלו מלעשות כן יש עקרונית משום מחדל שלא בתום לב. נראה לי, כי דרישת תום הלב ככל שהדבר נוגע לבעל העסקה הראשונה וקביעה כי ככלל אי רישום הערת אזהרה לטובתו מהווה חוסר תום לב מצידו, מעוררות קשיים לא מעטים. במה דברים אמורים?

7. (1) על-פי רכיביו של סעיף 9, כל שנדרש מבעל העסקה הראשונה על מנת שיזכה בעדיפות הוא להיות בעל ההתחייבות הראשונה. עקרון תום הלב איננו מוצא ביטוי כלשהו

בחלקו של הסעיף הקובע את זכותו העדיפה של בעל העסקה הראשונה. ערה אני לכך, כי עקרון תום הלב הוא עקרון על, החולש על תחומי משפט רבים גם כאשר אינו כלול בטקסט של דבר החקיקה. אלא, שככל שמדובר בסעיף 9, עקרון תום הלב לא נשכח מליבו של המחוקק. הוא מוצא ביטוי מפורש בסעיף 9 עצמו בהתייחס לבעל העסקה השניה, ממנו נדרש - בין השאר - תום לב על מנת שיזכה בעדיפות על פני בעל ההתחייבות הראשונה. נראה כי ההסדר החקיקתי אינו דורש - במכוון ובמפגיע - כי תום הלב יהווה רכיב מן הרכיבים הנדרשים לצורך קביעת עדיפותו של בעל העסקה הראשונה. אי דרישת תום לב מצד בעל העסקה הראשונה איננו השמטה מקרית. זהו גילוי דעת מפורש של המחוקק המסדיר מערכת עדיפויות בעסקאות נוגדות - שהיא בעייתית כשלעצמה - בהסדר שהגיון בצדו. מכאן, שככל שניתן ליישם את עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה, הרי שהחלה כזו אינה מכוח הוראת הסעיף עצמו אלא מכוח החלת עקרון תום הלב מחוצה לו.

(2) החלת עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה וייחוס חוסר תום לב לו משום שלא רשם הערת אזהרה, טומנים בחובם חשש מפני אי ודאות, אי אחידות ואי יציבות ביחס לכלל הקדימות הקבוע בסעיף 9. השאלה אם נפגע תום ליבו של בעל העסקה הראשונה באופן השולל את עדיפותו אינה פשוטה ומעלה קושיות שונות, כגון, האם ניתן היה לרשום הערת אזהרה אם לאו; האם מקובל שלא לרשום הערת אזהרה (למשל בין בני זוג) ומה הן ההשלכות של אי רישום זה על סדר העדיפויות (השוו: ענין בנק אוצר החייל בע' 222 מול האותיות א'-ד'); האם יש טעמים טובים לאי רישום הערת אזהרה; החל ממתני ניתן היה לרשום הערת אזהרה, כיצד נקבע את המועד ממנו ניתן היה לרשום הערת אזהרה ומה משמעות הזמן שחלף מאז שניתן היה לרשום כזו; מהו פרק הזמן שמעבר לו ייחשב אי רישום הערת האזהרה לחוסר תום לב, ועוד.

(3) גם אם נניח כי ניתן היה לרשום הערת אזהרה ומשום מה לא נרשמה כזו על-ידי בעל העסקה הראשונה, ספק אם מחדל כזה מהווה מן הבחינה המשפטית חוסר תום לב. זאת

לזכור, כי רישום הערת אזהרה נועד, באופן ראשוני, להגן על בעל העסקה הראשונה מפני עסקות סותרות מאוחרות בזמן בין מי שהתחייב כלפיו לבין צד שלישי. משכך, האם רובצת חובה משפטית על בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השניה לעניין רישום הערת אזהרה?

(4) גם אם נגרוס, כי הערת האזהרה נועדה להגן גם על בעל העסקה השניה ולהזהירו לבל יסתבך בעסקה נוגדת (ראו: פסקה 15 לפסק דיני בענין בנק אוצר החייל), עדיין שאלה היא האם אי רישום הערת אזהרה מהווה חוסר תום לב במובן המשפטי או שמא זוהי רשלנות גרידא. רשלנות וחוסר תום לב יכולים לדור בכפיפה אחת ולא בהכרח רשלנות רגילה או רשלנות רבתי מפקיעה את תום הלב, אם כי רשלנות רבתי יכולה להוות ראייה בדבר חוסר תום לב (ע"א 92/78 דוד שטרית נ' קאר תורס (ישראל) בע"מ, חברה להשכרת רכב ואח' פ"ד לג(1) 331, 333; ע"א 634/79 טוביה קון נ' דני חסון ואח' פ"ד לה(3) 611, 613 מול האות ז'). רשלנות ותום לב יכולים להיות שני מצבים נפרדים ולא בהכרח משולבים זה בזה. נראה, כי עד כה לא נקבעו בפסיקה קריטריונים לענין האבחנה בין השניים במצבים מסוימים וליישום כל אחד מאלה במקרים נתונים. לפיכך, שאלה היא אם אי רישום הערת אזהרה מהווה רשלנות או חוסר תום לב ומתי מהווה הוא אחד מאלה או שניהם. לסיווג אי רישום הערת אזהרה כרשלנות או כחוסר תום לב, תוצאות שונות והשלכות שונות. אם נאמר כי אי רישום כזה מהווה רשלנות גרידא, לא יהיה בכך כדי לשלול מבעל העסקה הראשונה את עדיפותו מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין. רשלנות כזו יכולה להקים לבעל העסקה השניה עילה במישור הנזיקי נגד החבים כלפיו ולא עילה לאכיפת ההסכם (ראו: ע"א 1235/90 הרבסט נ' חברת מ. אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ ואח' וערעור שכנגד פ"ד מו(4) 661, 672-673; ע"א 328/94 מילר נ' יוסף ואח' פ"ד נ(3) 378, 382). בכך מומחש הצורך לבחון במקרה נתון האם מדובר בחוסר תום לב או ברשלנות גרידא.

(5) זאת ועוד, גם אם נניח כי אי רישום הערת אזהרה מהווה חוסר תום לב, האמנם הסנקציה של שלילת הזכות לקבל את המקרקעין אותם רכש ראשון, כשאין כל פגם בהתנהגותו ביחסיו עם המוכר, הינה סנקציה הולמת ומידתית?

(6) שאלה אחרת נוגעת לתחולתם של עקרונות משפטיים כלליים אחרים לצד עקרון תום הלב, בהנחה שעקרון זה חל על בעל העסקה הראשונה. האם אין חשיבות לשאלה מי מבין הצדדים ג' או ד' מחזיק במקרקעין ומה השימוש שעשה בהם עד שהתברר כי המדובר בעסקאות נוגדות? ומה אם בעל העסקה הראשונה שלא רשם הערת אזהרה לטובתו, מחזיק במקרקעין או בנה את ביתו עליהם או השקיע בהם השקעות אחרות, האם גם אז יש למנוע עדיפותו על פני בעל העסקה השניה בשל חוסר תום לב עקב אי רישום הערת אזהרה? בעבר נקבע, כי בתביעת האכיפה של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר אין להתחשב בשיקולי צדק ככל שהם נוגעים לבעל העסקה השניה (ד"נ 21/80 ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח' פ"ד לה (3) 253). אלא, שבאותו עניין לא הוחל עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה. שאלה היא, אם כאשר מחילים את עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה, אין מקום להתחשבות בשיקולים נוספים ביחסים בין בעל העסקה הראשונה והשניה, וביניהם, שיקולי צדק.

8. הקשיים שמניתי, אותם מעוררת החלת עקרון תום הלב על זכותו של בעל העסקה הראשונה, הביאוני למסקנה, כי ככלל, אי רישום הערת אזהרה על-ידי בעל העסקה הראשונה אינו מחדל המעיד כשלעצמו על חוסר תום לבו. ככלל, אין באי רישום כזה כדי לפגוע בזכות הקניינית העדיפה המוענקה לו מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין. פגיעה כזו בזכותו של בעל העסקה הראשונה שלא רשם הערת אזהרה לזכותו יכול ותתרחש בנסיבות חריגות, שהמקרה דנן נמנה עליהן. גנז, בעל העסקה הראשונה, נמנע מלרשום הערת אזהרה במשך שבע עשרה שנים. הוא לא הראה מניעה לרישום הערת אזהרה ואף לא הבהיר מדוע לא רשם הערת אזהרה באופן שניתן יהיה לומר כי אי הרישום לא פגע בתום ליבו. לעומת זאת, אפק, בעל העסקה השניה, עיבד את המקרקעין כחלק ממשבצת חקלאית המעובדת על ידו במשך עשרות שנים. זאת ועוד,

אפק, בדק את פנקס המקרקעין בטרם התקשר בעסקה ורשם הערת אזהרה לטובתו. בנסיבות אלה, אף אני בדעה כי אי רישום הערת אזהרה על-ידי גנז מהווה חוסר תום לב וכי בשל חוסר תום לב זה אין להעדיפו על פני אפק.

9. לאור האמור, אני מסכימה לתוצאה אליה הגיע חברי הנשיא.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא, השופט ש' לוי:

1. מוכן אני להניח, כמו חברי הנכבדים, שעל המקרה חל סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן – חוק המקרקעין), שעניינו "עסקאות נוגדות", לאמור, המדובר בהתחרות בין שתי זכויות קניניות (או מעין קניניות); ואם רכש "בעל העיסקה הראשונה" את הקנין בנכס, עדיפה זכותו על "השני" אלא אם כן נרשמת העיסקה לטובתו של זה "בעודו בתום לב". הסעיף מניח, שמבחינת דיני הקנין רכשו הן "בעל העיסקה הראשונה" והן "השני" את זכותם ואילו לא היה מדובר בעסקאות או בזכויות נוגדות, לא היתה מתעוררת כל שאלה לגבי תקפותן. לפיכך לא צריך היה לכתוב בסעיף 9 הנ"ל דבר לגבי תום לבו של "בעל העיסקה הראשונה" שלדידו השאלה אם הוא היה תם לב אם לאו אינה רלבנטית ובלבד שזכותו היא בת-תוקף. מאידך גיסא, תום לבו של "השני" הוא רלבנטי לא לגבי תוקפן של העסקאות הנוגדות, כשהן לעצמן, אלא כדי להכריע ביניהן, כאשר הן נוגדות והתחרות שביניהן היא במישור הקניני.

2. סעיף 9 לחוק המקרקעין, ענינו המעגל החיצוני של דיני הקנין, אך בצדו קיים גם המישור הפנימי, האובליגטורי. אדם יכול וירכוש זכות בדיני הקנין, אך יתחייב (בהתחייבות בת תוקף) שלא לממש את זכותו, או ינהג באופן שאינו עולה בקנה אחד עם מימוש זכותו. אלה הם מצבים שבהם סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו דן. אחד מהמצבים הללו, במישור האובליגטורי, הוא כאשר עקב התנהגותו, מושתק פלוני מלטעון לקיום זכותו כלפי אלמוני; השתק כזה מחייב מצג של פלוני כלפי אלמוני במעשה או במחדל שבעטיו שינה אלמוני את מצבו לרעה; מצג כזה יכול להיווצר כאשר מוטלת חובה על פלוני כלפי אלמוני לנהוג או שלא לנהוג בדרך מסויימת והוא הפר חובה זו. קיים דמיון בין קביעת חובה זו בדיני ההשתק לבין קביעתה לצורך הטלת

חבות בעוולת הרשלנות; אך הדמיון אינו מלא, שבמקרה האחד מטרתה למנוע מפלוני מלהעלות טענת הגנה ובמקרה האחר מטרתה – תביעה לפיצויים עקב הפרתה. כך, למשל, לפני שחוקק באנגליה חוק השטרות, 1882, הוכרה זכותו של אוחז בתום לב ובתמורה בשטר רק מכוח דיני ההשתק, שהמושך על ידי הוצאת השטר למחזור היה מושק מלעורר כלפיו כל טענת הגנה שהיתה לו כלפי הנפרע, ורק מאוחר יותר בחוק הנ"ל, ניתנה לאוחז בתום לב ובתמורה זכות אקטיבית לתבוע מכוחו הוא את המושך. באותו אופן מי שהוציא למחזור שטר חסר פרט מהותי ופלוני מילא אותו בניגוד לרשות שניתנה לו היה מושק, עקב רשלנותו, מלטעון נגד אוחז בתום לב ובתמורה שיש לו עילת הגנה. כיום הומר ההשתק בזכות אקטיבית של האוחז כשורה לתבוע את זכותו, מכח סעיף 19 לפקודת השטרות. אותו תהליך עברה גם הילכת השוק הפתוח, שתחילה שימשה כהגנה מכוח השתק נגד הקונה בתום לב ובתמורה בשוק פתוח ולאחר מכן הועמדה על רגליה היא בסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968.

קביעת קיומו של השתק כעילת הגנה מצויה כולה במישור האובליגטורי. היא מחייבת קביעה בדבר קיומה של חובה המוטלת על פלוני כלפי אלמוני, שהפרתה משתיקה את פלוני מלעורר טענת הגנה, וכשלעצמה אין לה ולא כלום עם תביעת פיצויים אפשרית של אלמוני כלפי פלוני.

3. דוקטרינת ההשתק התפתחה במקרים רבים במשפט המקובל כתחליף להעדרה של דוקטרינת השימוש בזכות בתום לב; וכיום עם ישומה של החקיקה הישראלית החדשה, המכירה בדוקטרינת השימוש בזכות בתום לב, קיימת נטיה לעשות פחות ופחות שימוש בדוקטרינת ההשתק; אכן יצירת הקונצפציה של "תום הלב האובייקטיבי" עשויה במקרים רבים לשמש לה תחליף ויכול שהגדרה נאותה עשויה (כמעט) לזהות בין שתי דוקטרינות אלה. לדידי ראוי הוא מבחינה דיאלקטית שלא לטשטש את הגבולות בין השתיים. לצורך הסוגיה הנדונה בערעור זה די לי בקביעה כי גם אם ניתן להביא את דוקטרינת ההשתק תחת כנפי "תום הלב האובייקטיבי" אין מדובר אלא ב"תום לב" במישור האובליגטורי ולא בתום הלב במשמעותו "הקניינית" בסעיף 9 לחוק המקרקעין.

4. מהטעמים המפורטים בחוות דעתו של הנשיא אני סבור שלפי המקובל בישראל - נדרש רוכש זכות במקרקעין לרשום הערת אזהרה על התחייבות למכור לו את הזכות, בכל מקום שהדבר אפשרי, נדרש וראוי. לדברים אלה יש להוסיף גם שבמקרים אלה אי רישום הערת אזהרה במשך שנים רבות, כמו במקרה שלפנינו, יש בה משום הפרת חובה

אובליגטורית כלפי "השני" המשתיקה את בעל העיסקה הראשונה מלטעון לקיומה של זכות מכח סעיף 9 לחוק המקרקעין; ניסוח אחר הוא לומר - שמדובר בהפרת חובת "תום הלב האובייקטיבי", שאין לה ולא כלום עם תום הלב הנדרש מ"השני" בסעיף האמור.

נמצא, שאם כי במעגל החיצוני, הקנייני, זכותו של בעל העיסקה הראשונה גוברת, הרי במישור הפנימי, האובליגטורי, מונע בעדו מחדלו מלרשום הערת האזהרה את מימוש זכותו לפי סעיף 9 הנ"ל.

מהטעמים האמורים אני מסכים לתוצאה אליה הגיע הנשיא.

המשנה לנשיא

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. אלה עובדות המקרה: משיבה 1 (בריטיש) מכרה מקרקעין שבבעלותה למשיבה 2 (נוטריקון). העיסקה לא נגמרה ברישום. בין נוטריקון והמערער (גנז) נכרת חוזה לפיו נוטריקון מוכרת את המקרקעין לגנז. עסקה זו לא נגמרה ברישום וגנז לא רשם הערת אזהרה. שנים לאחר מכן, שבה נוטריקון וחתמה על חוזה מכר נוסף לפיו היא מוכרת את המקרקעין למשיבה 3 (אפק). אפק קנתה את המקרקעין בתום לב, בתמורה, ורשמה הערת אזהרה בדבר העסקה לאחר שקבלה לכך את הסכמת בריטיש ונוטריקון. העסקה השניה נוגדת לעסקה הראשונה. מי מבין בעלי הזכויות על פי העסקאות הנוגדות זכאי לאכיפת זכותו?

2. אני מצטרפת למסקנת הנשיא בפסק דינו כי יש לדחות את הערעור, משזכותה של בעלת העסקה השניה (אפק) גוברת על זכותו של בעל העסקה הראשונה (גנז) בנסיבות מקרה זה. אני מצטרפת להנחת המוצא כי סעיף 9 לחוק המקרקעין מתפרש גם על עסקאות נוגדות מסוג אלה הנדונות כאן, בהן המוכר אינו בעל קנין רשום והוא

מעביר את המקרקעין בעסקאות נוגדות (להלן – "עסקאות מעין קנייניות"). כן אני מסכימה כי, בצד העדיפות שניתנה בסעיף 9 לחוק המקרקעין לבעל העסקה הראשונה, ישנן נסיבות בהן אכיפת זכותו מחייבת העמדת תום לבו למבחן, ולבחינה זו עשויה להיות השלכה על תוצאות ההתמודדות בינו לבין בעל העסקה השניה. בהפעלת סעיף 9 על העסקאות הנוגדות בענייננו, מניח הנשיא בפסק דינו כי בעל העסקה השניה אינו רוכש עדיפות על פני הראשון מכח מילוי התנאים המצטברים הנדרשים בסיפא לסעיף 9, שכן לא מתמלא לגביו תנאי הרישום של זכות הקניין, בהינתן טיבה של העסקה כהתחייבות לבצוע עסקה במקרקעין שהמתחייב בה אינו בעלים רשום. לכן, הנחתו היא כי בעל העסקה הראשונה עדיף, בכפוף לבחינת תום לבו. בענין זה אבקש להסתייג מנקודת המוצא השוללת מלכתחילה אפשרות כי בעל העסקה השניה יזכה בעדיפות על פני הראשון, מכח קיום דרישות סעיף 9 סיפא. עמדתי, כפי שתוצג להלן היא, כי החלת כללי התחרות של סעיף 9 מחייבת התאמתם, בשינויים המחוייבים, לעסקאות הנוגדות המעין קנייניות שבהן המוכר אינו בעלים רשום. התאמה זו מביאה לתוצאה כי כשם שבעסקה נוגדת שבה המוכר הינו בעלים רשום בוחנים, בראשית הדברים, האם בעל העסקה השניה יועדף על הראשון אם קיים דרישות תום לב, תמורה, ורישום בתום לב של זכות קניין, כך, ובאותה מידה, יש לבחון בעסקה המעין-קניינית, שבה המוכר אינו בעלים רשום, האם בעל העסקה השניה קיים דרישות אלה, בשינויים המתחייבים, כאשר את מקום רישום זכות הקניין יתפוס רישום הערת אזהרה. אם נתקיימו דרישות אלה, כי אז בשני המצבים זכותו של בעל העסקה השניה תגבר, ושאלת תום לבו של הראשון תתייטר. אולם אם לא נתקיים בקונה השני אחד התנאים המצטברים הנדרשים לעדיפותו, תינתן הבכורה לראשון, בכפוף למבחני תום הלב, הכל כמתואר בהרחבה בחוות דעתו של הנשיא.

3. סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע כי מקום שהתחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו תם לב – זכותו עדיפה. הוראה זו, על פי פשוטה, מדברת בעסקאות נוגדות שניתן לרשום לגביהן, על פי טיבן, זכויות קניין. רוצה לומר, עסקאות בהן המוכר הנו בעל זכות קניין רשומה אותה הוא מעביר לאחרים בשתי עסקאות נוגדות (להלן – "עסקאות קנייניות"). באשר להן, קובעת הוראת החוק כי בתחרות בין עסקאות כאלה תינתן הבכורה לראשון, אלא אם השני פעל בתום לב, בתמורה, והעסקה לטובתו, קרי: העברת זכות הקניין- נרשמה בעודו תם לב. רישום הקניין משכלל את זכותו של השני, ומיצבור התנאים – תום לב, תמורה, ורישום של זכות הקניין מקנים לו עדיפות על

הראשון. לעומת העסקאות הקנייניות, בעסקאות נוגדות מעין-קנייניות מסוג אלה בהן אנו דנים, המוכר אינו בעל זכות הקניין, אלא מחזיק, הוא עצמו, בזכות מעין-קניינית לתבוע מימוש התחייבות לביצוע עסקה קניינית כלפיו. הוא מבצע שתי עסקאות נוגדות לגבי המקרקעין. בעסקאות אלה, מעצם טיבן, לא ניתן לרשום זכות קניין, שכן כל שיש בידי בעלי העסקאות הן זכויות מכח התחייבויות נוגדות של המוכר לבצע עם כל אחד מהם עסקה במקרקעין, שעה שהמוכר עצמו אינו רשום כבעליה של הזכות המועברת. הכללתן של העסקאות המעין-קנייניות הנוגדות הללו במסגרת סעיף 9, כמוצע על ידי הנשיא, מחייבת, על פי הניתוח המוצע כאן, להחיל עליהן, בשינויים המתחייבים, ובאורח סימטרי ככל הניתן, את עקרונות ההתמודדות שהוראת חוק זו קובעת לגבי עסקאות קנייניות מתחרות. תנאי תום לב ותמורה על ידי בעל העסקה השניה ניתנים לקיום באותה מידה בעסקה הקניינית והמעין קניינית. השוני ביניהם הוא בדרישת הרישום כאמצעי לשכלול העסקה על ידי בעל העסקה השניה לצורך רכישת עדיפות על בעל העסקה הראשון. בעסקה הקניינית, רישום הקניין הוא אמצעי אפשרי. בעסקה המעין-קניינית, רישום הקניין אינו אפשרי, שכן כל שמצוי בידי בעל הזכות הוא התחייבות לביצוע עסקה על ידי מוכר שהוא עצמו אינו בעל זכות קניין. יחד עם זאת, המגמה ליצור סימטריה בין שני סוגי העסקאות, כמתבקש מהיות שתיהן תחת מטריית סעיף 9, מצדיקה בחינה מהו האמצעי העומד לרשות בעל העסקה השניה לשכלל את עדיפותו על פני בעל העסקה הראשונה, ברוח דרישות החוק בענייננו. וכך, דרישות סעיף 9 צריכות להיות מותאמות, לפי הענין, לטיב העסקה בה מדובר: קניינית או מעין-קניינית. וכאן השאלה, האם אין לראות את בעל העסקה השניה המעין קניינית אשר רכש את זכותו בתום לב ובתמורה, כמי "ששכלל" את זכותו המעין קניינית על ידי רישום הערת אזהרה בדבר זכותו במרשם המקרקעין, הפתוח לעיון הציבור ומהווה הצהרה קבל-עם על זכותו? סעיף 9 מחייב כתנאי לעדיפותו של בעל העסקה השנייה כי "העסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב". פשוטו של תנאי זה ברישום זכות הקניין בעסקה הקניינית. רישום זכות הקניין בעסקה הקניינית נדרש על פי סעיף 7 לחוק המקרקעין לצורך שכלולה של אותה עסקה. ברי, איפוא, כי רישום הערת אזהרה בעסקה קניינית כזו לא ישכלל את זכות הקניין וגם לא יקנה לקונה השני עדיפות על הקונה הראשון. אולם שונה הדבר כאשר מדובר בתחרות בין שני קונים בעסקה מעין-קניינית, בה לא ניתן לרשום זכות קניין. סעיף 9 בנוסחו אינו מוגבל לרישום זכות קניין בעסקת-קניין בלבד, אלא הוא עשוי להתיישב גם עם רישום זכות מעין-קניינית בעסקה מעין-קניינית על דרך רישום הערת אזהרה. גם הגדרת המושג "רישום" בסעיף ההגדרות של חוק המקרקעין אינו מדבר ברישום זכות קניין דוקא, אלא עניינו על פי ההגדרה ב"רישום בפנקסי המקרקעין המתנהלים לפי חוק זה או התקנות על פיו". דרישת

הרישום בסעיף 9 עשויה להתיישב, איפוא, גם עם רישום זכות שאינה קניינית לגבי עסקה מעין-קניינית. משהוחל סעיף 9 גם על עסקאות מעין-קנייניות, מתבקש להחיל לגביהן את תנאי הרישום הנקוב בו על דרך רישום הערת אזהרה, שהוא האמצעי המשפטי העומד לרשות בעל הזכות לתת פומבי לזכותו. הפועל היוצא מכך הוא, כי כשם שבעסקה הקניינית יגבר הקונה השני על הקונה הראשון מקום שקיים את תנאי תום הלב, התמורה, ורישום זכות הקניין, כך בעסקה המעין קניינית, יגבר הקונה השני כאמור, מקום שקיים את תנאי תום הלב, התמורה ורישום הזכות המעין קניינית על דרך רישום הערת אזהרה. בשני מצבים אלה כאחד, לא יידרש בית המשפט לבחינת תום לבו של הקונה הראשון.

4. ישנן חילוקי דעות באשר לשאלה אם הערת אזהרה הינה "זכות במקרקעין" אם לאו, והנטייה בפסיקת בית המשפט הינה לאמץ את הגישה לפיה הערת אזהרה אינה בבחינת זכות במקרקעין, אלא כל עיקרה הוא במחסום שהיא יוצרת בפני רישום עסקאות סותרות במקרקעין. ככזו היא "זכות שלילית מעצם טבעה, למנוע מאחרים רכישת זכות קניינית במקרקעין ואין היא, כשלעצמה, יוצרת זכות בעלת תוכן קנייני למאן דהוא" (דברי הנשיא לנדוי בע"א 68/76 אטיאס נ' הממונה על המרשם פד"י ל(3) 527; וכן ע"א 1235/90 הרבסט נ' חב' אריאן, פד"י מו(4) 661, 672); ע"א 205/83 חובני נ' זיקלה, חברה לבנין, פד"י מא(3) 96; רייכמן, הערת אזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות, "עיוני משפט י", 297). מאידך, המחוקק "איפשר את חיסונה 'הקנייני' של זכות חוזית לרכישת זכות במקרקעין בתוך שיטת הרישום: על ידי רישומה של הערת אזהרה הופכת זכות חוזית כזו עדיפה כלפי עסקאות נוגדות מאוחרות וכלפי נושים של המוכר" כדבריה של פרופ' נ' כהן, "חוזה של קטינה לרכישת דירה, מול נושה של המוכר" הפרקליט מא' (1993) 161, 191. ראה גם י' ויסמן "זכות קניין בפטיקה: התיאוריה בשירות הפרקטיקה" עיוני משפט טו' (1990) 53, 62-60, המביע דעה לפיה ראויה זכות חוזית שעליה הערת אזהרה להיות מסווגת כזכות קניין. (ראה גם דברי השופט ח. כהן בע"א 68/76, שם; א. פרוקצ'יה, דיני פשיטת רגל וחקיקה אזרחית בישראל, עמ' 81). הובעה אף העמדה כי אין לייחס להערת האזהרה תווית של "קנייניות" או העדר "קנייניות" אלא יש לראותה "כיצור כלאיים שלו תווי אופי קנייניים ולא קנייניים כאחד... יש לבחון את הערת האזהרה בכל מקרה לגופו, על רקע הסיטואציה הקונקרטית המתעוררת. סיווגה ומיונה של ההערה, ככל שהם נדרשים, וכרעו על פי אלה ממאפייניה אשר להם ביטוי מיוחד בהקשר הנדון" (דברי השופט ד. לוין בע"א 261/88 בנק המזרחי המאוחד נ' רוזובסקי, פד"י מח(2) 117, 121).

בענייננו, סיווגה של הערת האזהרה כקניינית אם לאו איננה מכרעת. חשיבותה משתקפת במימד הפומביות הנלווה אליה, ההופך באמצעותה את זכותו המעין קניינית של בעל העסקה השנייה לזכות הנחשפת לעיני הציבור ומשמשת גורם ובסיס להסתמכות צדדים שלישיים. במובן זה יש דמיון בינה לבין רישום זכות הקניין בעסקה הקניינית. רבות נכתב על מימד הפומביות כמעצב העיקרי של עוצמתה של זכות הקניין ועמידותה בפני צדדים שלישיים (דויטש, קנין, חלק א', עמ' 127 ואילך; ע"א 790/85 רשות שדות התעופה, נ' גרוס, פד"י מד(3) 185; ע"א 2242/92 מ.נ. בנק אמריקאי ישראלי בע"מ, פד"י מ"ח(3) 249). למימד הפומביות ישנו משקל משמעותי בהקשר לרישום הזכות המעין-קניינית. רישום הערת אזהרה מגשים את מימד הפומביות כאמור, ומשווה לזכותו של בעל העסקה השנייה אופי של זכות המצויה בעין הציבורית, על ההשלכות הנגזרות מכך (על ערכו של רישום הערת אזהרה ראה ויסמן, דיני קנין, חלק כללי, עמ' 327). ברישום כזה ממצה בעל הזכות את האמצעי היחיד שהמשפט נותן בידיו לרשום את זכותו (ראה ע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי, פד"י נה (4) 730, 764 ו-ז). אין זה רישום זכות קניין שאינה מצויה בידו, אלא רישום זכות מעין-קניינית המצויה בידו. בכך מקבל רישום הערת האזהרה מימד "חיובי" הנושא אופי של הצהרה על קיום זכות הנוסף למימד "השלילי" המאפיין את ההערה שעניינו אזהרה והרתעה מפני ביצוע עסקאות סותרות עתידיות. וחוזרת השאלה – בעל עסקה שניה מעין קניינית שהוא תם לב, נתן תמורה ורשם הערת אזהרה – מדוע לא ייראה כמי שזכותו המעין-קניינית "השתכללה", ותגבר בתוקף שכלול זה על בעל העסקה הראשונה, בדומה לעדיפותו של בעל העסקה השנייה הקניינית הגובר בנסיבות דומות על הראשון מכח שכלול זכותו ברישום הקניין?

5. גישה זו מתיישבת עם הוראות אחרות הפזורות על פני החקיקה האזרחית העוסקות בכללי תחרות בין עסקאות נוגדות בהקשרים שונים. הוראות אלה קובעות בדרך כלל עדיפות לבעל העסקה הראשונה, אלא אם בעל העסקה השנייה הוא תם-לב, נתן תמורה וביצע אקט חיצוני מסוים המשכלל את זכותו ומקנה לה עדיפות על הראשון. (ראה ד' פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד', 245). כך למשל, בעסקות נוגדות במיטלטלין יועדף הקונה הראשון אלא אם כן השתכללה זכותו של הקונה השני בתום לב ובתמורה ובקבלת הנכס לידו (סעיף 12 לחוק המיטלטלין). מסירת הנכס כאמור אינה בהכרח שקולה כהעברת בעלות, שכן על פי סעיף 33 לחוק המכר ניתן להסכים על דרך אחרת להעברת בעלות. אולם גם אם הוסכם כך, העדיפות ניתנת לבעל העסקה השנייה שקיבל לידיו את הנכס; בהמחאות זכויות נוגדות יועדף הנמחה הראשון אלא אם כן הודיעו ראשונה לחייב על ההמחאה השנייה (סעיף 4 לחוק המחאת חיובים). להודעה

לחייב ניתן משקל "המשכלל" את עדיפות השני; בעסקאות שכירות נוגדות לתקופה קצרה שאינן טעונות רישום, זכות השוכר הראשון עדיפה אך אם השני שכר וקיבל את המקרקעין בתום לב, זכותו עדיפה (סעיף 80 לחוק המקרקעין). עולה, איפוא, כי בתהליך ההתמודדות בין עסקאות נוגדות קובעת החקיקה האזרחית ככלל כי בעל העסקה הראשונה יועדף, אלא אם כן בעל העסקה השניה הוא תם לב, נתן תמורה, וביצע אקט נוסף שיש בו כדי לשכלל את זכותו. על פי רוב, המאפיין אקט זה הוא בחשיפת הזכות שרכש בעל העסקה השניה בפני הציבור. בנסיבות אלה תגבר זכותו של בעל העסקה המאוחר על פני בעל העסקה המוקדם. כללים אלה מכוונים ליתן משקל נכבד לשיקולי חופש, בטחון, וודאות במסחר ובחיי הכלכלה. כך הוא גם באשר לעסקאות נוגדות במקרקעין הנשלטות על ידי סעיף 9 לחוק. הרישום הפתוח לעיני הציבור משכלל את זכותו של בעל הזכות המאוחר – בין רישום קניין בעסקה הקניינית ובין רישום הערת אזהרה בעסקה המעין-קניינית, ומקנה לו עדיפות.

6. ניתוח זה מניח כי החלת כללי התמודדות בין שתי עסקאות נוגדות תיעשה בשלבים הבאים: אם בעל העסקה הראשונה רשם הערה בדבר זכותו הוא יעודף על פני הקונה המאוחר מכוח הוראת העדיפות שבסעיף 9, ונוכח ההנחה כי לרוב בנסיבות אלה הקונה השני ממילא לא יקיים את דרישת תום-הלב נוכח קיום רישום זכותו של הראשון. אולם אם בגין העסקה הראשונה לא נרשמה הערת אזהרה יש לבחון האם בעל העסקה השניה מקיים את דרישות סעיף 9 סיפא, קרי: תום-לב, תמורה ורישום בעודו תם-לב. באם הן מתקיימות מוקנית לו עדיפות על פני בעל העסקה הראשונה. בנסיבות אלה לא נבחנת שאלת תום-לבו של הראשון, שכן השני, בקיימו את מלוא התנאים, יזכה גם מקום שהראשון, חרף אי רישום הערה על ידו, היה תם-לב. אולם מקום שבעל העסקה השניה לא קיים תנאי מהתנאים האמורים, נקודת המוצא היא כי בהתמודדות בין שני בעלי העסקאות הנוגדות זכותו של הראשון עדיפה. אולם עדיפותו זו כפופה לשאלות תום-לב באכיפת זכותו, על פי המבחנים המוצעים בפסק דינו של הנשיא. גישה זו להחלת סעיף 9 משותפת הן לעסקאות הקנייניות והן לעסקאות המעין-קנייניות, תוך יצירת מיתאם בכללי ההתמודדות בין שני סוגי עסקאות נוגדות אלה.

7. דרך זו לניתוח הסוגיה יוצרת סימטריה מהותית בכללי ההתמודדות בין עסקאות קנייניות לעסקאות מעין-קנייניות המצויות באותו מדרג. היא עונה לכללי התחרות המהותיים שסעיף 9 הציב. היא נותנת משקל לשכלול זכותו של בעל העסקה השניה במסגרת אמצעי הרישום הנתון בידיה בהתאם לאופי הזכות הנתונה בידו, קרי: רישום זכות קניין בעסקה הקניינית ורישום הערת אזהרה בעסקה המעין-קניינית.

שכלול הזכות בשני סוגי העסקאות מתקיים מתוקף פועלו של הרישום כמצהיר כלפי הציבור על קיומה של הזכות – בין הזכות הקניינית ברישום הקניין, ובין הזכות המעין קניינית ברישום הערת אזהרה לגביה. צדדים שלישיים פועלים על פי הרישום ומכלכלים על פיו את צעדיהם. בקביעת יחס סימטרי בהחלת כללי התחרות כאמור, יש כדי להקטין את אי הוודאות, אי האחידות ואי היציבות ביחס לכלל הקדימות הקבוע בסעיף 9, שהחשש מפניהן מובע בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (בפסקה 7(2) לפסק דינה). בפרשת אהרונוב (ע"א 189/95, פד"י נג (4) 199) כתב הנשיא:

”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” (שם עמ' 247).

הגישה המוצעת כאן משקפת את הקשר הראוי בין רישום הערת אזהרה לבין קניין שביושר - הזכות המעין-קניינית.

8. לפנינו בעלי עסקאות מעין-קנייניות נוגדות באותו מדרג. גנו, בעל העסקה הראשונה, לא רשם את זכותו המעין קניינית, ולפיכך אפק לא ידעה ולא יכלה לדעת על קיומה. לגנו, כקודם בזמן, מוקנית העדיפות, להוציא מקרה שבו בעל העסקה השנייה ממלא אחר כל תנאי סעיף 9 סיפא. אפק, בעלת העסקה המאוחרת, פעלה בתום לב ובתמורה. היא רשמה הערת אזהרה באשר לזכויותיה על פי העסקה וגם זאת עשתה בתום לב. היא מקיימת את כל תנאי סעיף 9 סיפא לחוק המקרקעין ורישום ההערה על ידה שכלל את זכותה כלפי גנו. לאפק יש, אפוא, עדיפות על פני גנו. זכותה גוברת על זכותו של גנו אף בלא צורך לדון בשלב זה בשאלה האם התנהגותו של גנו נגועה בחוסר תום-לב. תוצאה זו נותנת ביטוי לאמות המידה שהוגדרו בחוק המקרקעין לצורך התמודדות בין שני בעלי הזכויות הנוגדות – מוקדם ומאוחר. ברוח דברים אלה אני מצטרפת למסקנת הנשיא כי יש לדחות את הערעור.

ש ו פ ט ת

השופט י' אנגלרד:

עיינתי בחוות הדעת של חבריי, ואני מצטרף לחוות דעתו של חברי הנשיא א' ברק על הנמקתו. אסתפק בהערה אחת בדבר הרעיון, המוצע על ידי חברתי השופטת א' פרוקצ'יה, לפיו במקרה של "עיסקה מעין קניינית" רישומה של הערת אזהרה על ידי הקונה השני כמוה כרישום העיסקה לטובתו, כמשמעות דרישה זו בסיפא של סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. לטעמי, אין בית המשפט יכול ליצור הסדר בדרך שיפוטית, אשר יפחית מן הדרישה הפורמאלית של רישום עיסקה שנקבעה על-ידי המחוקק. עיסקה היא הקניית זכות במקרקעין והיא טעונה רישום. כל עוד העיסקה לא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עיסקה. לכן, רישומה של הערת אזהרה אינו יכול לבוא במקום רישום העיסקה. יתרה מזו, איני רואה כל צידוק ענייני לכך שמעמדו של קונה שני, אשר קנה ממוכר שאינו רשום כבעלים, יהיה עדיף – ביחסיו עם קונה ראשון – על מעמדו של זה שקנה ממוכר הרשום כבעלים. לבסוף, מה יהא דינו של קונה שני שרשם הערת אזהרה זמן קצר לפני שהבעלות עברה לידי המוכר באמצעות רישום? האם נאמר כי כעת חלה הדרישה של סעיף 9 לרישום העיסקה מצד הקונה השני, או שמא נסתפק גם כאן בהערת האזהרה?

כאמור, מסכים אני לחוות דעתו של חברי הנשיא.

ש ו פ ט

השופט א' מצא:

אני מסכים להכרעתו של חברי הנשיא, וכן לעיקרי הנמקתו. אף עליו מקובל, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין עשוי לחול גם במקום שבו המתחייב לבצע עסקאות נוגדות במקרקעין לא היה, בעת מתן ההתחייבויות, בעל זכות קניינית במקרקעין. אכן, החלתו של חוק המיטלטלין על עסקאות והתחייבויות לעסקאות במקרקעין, הינה מלאכותית למדי ורצוי להימנע ממנה ככל שמגבלות הדין מאפשרות את הדבר. כן מקובל עליי, כי בנסיבות שבהן הקונה השני אינו מקיים את כל התנאים הנקובים בסיפת סעיף 9 (תום לב, תמורה ורישום), המקנים לו עדיפות על פני הקונה הראשון, אין עדיפותו של הקונה הראשון מוחלטת אלא כפופה לעקרונות משפט כלליים, בכללם עקרון תום הלב, במובנו האובייקטיבי. למותר לציין, בהקשר זה, כי הנטל להוכיח את אי-עמידתו של הקונה הראשון בעקרונות אלה, מוטל על הקונה השני, הטוען זאת. מסקנה זו מתבקשת מעצם עדיפותו הלכאורית של הקונה הראשון, הקבועה בסעיף 9.

עם זאת, הנני מבקש להימנע מקביעת כלל שלפיו, כדברי חברי, "עקרונית תום הלב דורש כי מי שהתחייבו כלפיו לעשות עסקה במקרקעין יעשה ככל יכולתו לרשום

הערת אזהרה על דבר העסקה שנעשתה בפנקסי המקרקעין". אכן, חובת תום הלב מטילה על הקונה הראשון את הנטל לנקוט אמצעים סבירים כדי למנוע "תאונה משפטית" בינו לבין קונה שני פוטנציאלי. אלא ש"תאונה" כזאת ניתנת למניעה בדרכים מגוונות והערת אזהרה היא רק אחת מאלו. כך, למשל, כשמדובר במקרקעי ישראל, לעתים קרובות די בכך שהעסקה - או "הערה" אודות העסקה - נרשמה בפנקסי מינהל מקרקעי ישראל או "החברה המשכנת". גם רישום כזה עשוי לכאורה להסיר מכשול מדרכו של קונה שני סביר. ודוק: בדרך כלל אין מניעה משפטית לרשום הערת אזהרה במרשם המקרקעין אודות עסקה במקרקעי ישראל, אם כי נראה שלפי הניסיון במקרים רבים הדבר אינו נעשה (ראו א' רייכמן "הערת האזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" עיוני משפט י (תשמ"ד) 297, 299). הוא הדין באשר לנכסים שהקונה הראשון תפס בהם חזקה ונוהג בהם מנהג בעלים, באופן האמור להיות גלוי לעיניו של כל קונה שני סביר אשר יטרח לבקר בנכס קודם לרכישתו. סבורני כי אין זה מן הראוי לקבוע כלל העלול להטיל דופי של "חוסר תום לב" ברוכשים סבירים רבים. מאידך, גם לא הייתי מאמץ את עמדת חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, ולפיה "ככלל, אין לראות בעצם אי הרישום של הערת האזהרה על-ידי בעל העסקה הראשונה, חוסר תום לב, אלא במקרים חריגים", וזאת מהטעמים המובאים בפסקה 19 לפסק-דינו של הנשיא.

מסקנתי, הנגזרת מן האמור, היא, כי יש להסתפק בכלל שמתווה הנשיא, ולפיו "עקרון תום הלב דורש כי בעל העסקה הראשונה יפעל בהגינות, תוך התחשבות בציפיה הסבירה של בעל העסקה השניה". אופן יישומו של כלל זה ייקבע בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה נתון. קונה ראשון המעוניין להבטיח את זכותו, ייטיב, אמנם, לעשות אם ירשום הערת אזהרה; ואולם אין לומר מראש, מבלי לבדוק את יתר נסיבות העניין, כי בהימנעו מלעשות כן יוחזק כמי שפעל בחוסר תום לב, או להיפך - כמי שפעל בתום לב. ההימנעות מרישום הערת האזהרה אינה אלא אחת מבין אינדיקציות עובדתיות אפשריות, העשויות להצביע על חוסר תום לב.

הצעת חברתי, השופטת פרוקצ'יה, לפרש את המונח "רישום" שבסעיף 9 באופן שיתייחס גם לרישום הערת אזהרה, מעוררת קשיים. ראשית, קשה לראות כיצד ניתן להגביל את פרשנות המונח להוראת סעיף 9, מבלי להביא בחשבון את השלכתה על פרשנותו של המונח "רישום" בהוראות אחרות של החוק, לרבות סעיף 7 הימנו. שנית, יש בהצעה כדי לכבול ללא צורך את שיקול דעתו של בית המשפט: קונה שני שירשום הערת אזהרה (ויקיים את יתר תנאי סעיף 9 סיפא), יגבר תמיד על קונה ראשון שלא רשם הערה כזו, אף אם הקונה הראשון היה תם לב לחלוטין. ושלישית, ההצעה עשויה אמנם

להתאים להכרעה במקרה נשוא הערעור, אך ספק אם יש בה כדי להוסיף לגישתו הכללית של הנשיא, שאותה ממילא מאמצת חברתי באותם מקרים שבהם הקונה השני לא רשם הערת אזהרה או לא קיים תנאי מתנאיו של סעיף 9 סיפא.

ש ו פ ט

השופט א' ריבלין:

1. הריני מצטרף לתוצאה אליה הגיע הנשיא בפסק דינו הדבור היטב, אך ברצוני לרשום הערת אזהרה:

הכלל המתואר בסעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: החוק), לפיו בהתקיים עסקאות נוגדות בנכס מקרקעין זוכה הרוכש הראשון בזמן בקניין בנכס אלא אם כן רשם הרוכש האחר את הבעלות בנכס בתום לב, נוהג גם בשיטות משפט אחרות. המשפט המקובל הוסיף על הסייגים המוטלים על זכותו של הרוכש הראשון בשל התנהגותו התמה של הרוכש המאוחר בזמן, גם את סייג המניעות ואת חריג הרשלנות הכרוכים בהתנהגותו הפסולה שלו. התנהגותו של המתחרה הראשון כלפי משנהו עשויה להחיל עליו, כמשפט המקובל, את דוקטרינת השתק. התרשלותו בנקיטת אמצעי זהירות שיעמידו רוכשים בכוח על זכויותיו בנכס - התרשלות שהביאה לשינוי לרעה במצבו של קונה שני - עשויה לשלול את עדיפותו (לגבי דין דומה בארצות-הברית ראו: §139 (American Jurisprudence 2d (Vol. 66, 2001)). סייגים אלה לכלל העדיפות של הרוכש הראשון אומצו בעתו גם במשפט הישראלי, קודם להחקת חוק המקרקעין. כך אימץ בית המשפט העליון, מפי הנשיא ש' אגרנט, את החריג, שהיה מצוי בדין האנגלי, לכלל העדיפות של בעל הזכות הקודמת בזמן - חריג הסומך על קיום רשלנות מצדו של בעל העסקה הראשונה שהביאה לשינוי לרעה במצבו של הקונה המאוחר בזמן (ע"א 73/53 זילברשטיין נ' יוסף, פ"ד ט(1) 57). בעל הזכות הקודמת בזמן עלול להפסיד את זכות היתר שלו, כך נפסק במקרה אחר, "אם בעל הזכות הקודמת אשם במעשה מרמה, או ברשלנות חמורה או אם נוצר השתק הפועל לטובת בעל הזכות המאוחרת" (הנשיא (אז השופט) י' כהן בע"א 367/71 טייג נ' ישראל, פ"ד כו(1) 710).

סעיף 9 לחוק המקרקעין נמנע מאימוץ הסייגים האלה. הוא בא לכאורה גם למנוע יישומם של שיקולי צדק ביחסים שבין הקונים המתחרים (ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253). בחירה זו של המחוקק עשויה להימצא לנו קשה במיוחד באותם מקרים בהם ניתנו בידי הקונה הראשון כלים למניעת התקלה שהביאה לעסקה הנוגדת,

והוא לא עשה שימוש בהם. הטוב והיעיל שבין האמצעים האלה הוא רישום הערת אזהרה. אולם, הוראת סעיף 9 אינה מפרשת כאמור סייגים אלה והיא שמה דגש, כך נראה, על הצורך להגביר את הוודאות המשפטית בכל הנוגע לרכישת בעלות במקרקעין ואת היתרון שבהענקת מעמד מרכזי למרשם.

2. במקרה שבפנינו יכול היה הקונה הראשון לרשום הערת אזהרה והוא נמנע מכך. להימנעות זו נצטרפו נסיבות חריגות, של מעבר זמן רב עד לביצוע העסקה המאוחרת, ותפיסת חזקה בפועל במקרקעין, בידי הקונה המאוחר, לאורך זמן. השאלה הצריכה הכרעה היתה אם רשאי הקונה הראשון, חרף הימנעותו מלרשום הערת אזהרה, ולאור מכלול הנסיבות האמורות, לעמוד על אכיפת זכותו הקודמת בזמן.

חברי הנשיא מסביר כי סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו עומד בבדידותו. הוא חלק ממערך נורמטיבי כולל. על המערך הזה נמנות דוקטרינות כלליות כגון רשלנות, התעשרות שלא כדין ותום לב. עקרון זה האחרון, אשר מקורו הפורמלי הוא בהוראת הסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הוא עיקרון "מלכותי". על פיו, כך מציין הנשיא, כל בעל זכות, במובנה הרחב, חייב להפעילה בתום לב, ביושר ובהגינות. עקרון תום הלב קובע, כך הוא מדגיש, אמת מידה אובייקטיבית. עקרון תום הלב מבקש למנוע הפעלת הזכות מתוך התעלמות מקיומו של הצד האחר ובהתעלם מהאינטרס החברתי. השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. "אדם לאדם – לא זאב, ולא מלאך; אדם לאדם – אדם" (דברי הנשיא ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 279). גם על הפעלתן של זכויות הרוכשים המתחרים חל עקרון תום הלב, קובע הנשיא. את זכות האכיפה יש להפעיל בתום לב. הרוכש הראשון בזמן חייב להפעיל את זכויותיו כלפי הקונה המאוחר בזמן - בתום לב. בין הקונה הראשון לבין הקונה השני, כך מדגיש הנשיא, נוצר יחס משפטי. "התאונה המשפטית" - כלשונה של פרופ' נ' כהן (במאמרה "חוזת של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", הפרקליט מא 161 (1993)) - הפגישה ביניהם ויצרה ביניהם זיקה משפטית. חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השנייה הופרה, כך הוא פוסק, משלא נרשמה בספרי המקרקעין הערת אזהרה בידי הקונה הראשון לאחר כריתת העסקה הראשונה ובפועל במשך שנים רבות קודם להיווצרות העסקה השנייה. אכן, כך מבהיר הנשיא, התנהגותו של הקונה השני עשויה להשפיע על נפקות טענת חוסר תום הלב, המופנית כלפי הראשון, אלא שהימנעותו של הקונה המאוחר בזמן מלרשום הערת אזהרה לא תשלול, כשלעצמה, את זכותו לאכיפה. עוד מציין הנשיא, כי אם ניתן לבעל עסקה לרשום הערת

אזהרה, הרי זהו נטל המוטל עליו, ואם ימנע מכך – עשוי הוא להפסיד את כוחו לאכוף את הזכות הנתונה לו מכח הוראת סעיף 9.

3. אכן, הוראת סעיף 9 אינה עומדת בחלל ריק. היא מצויה במסגרת נורמטיבית המכילה גם את העקרונות הכלליים של השיטה. על כך אין מחלוקת. עם זאת נתקל אני בקושי בכל הנוגע לבחירה לסייג את כלל העדיפות הקבוע בסעיף 9 באמצעות עקרון תום הלב דווקא. בצדק ציין חברי הנשיא כי את חובת תום הלב יש לתלות ביחסים שבין שני צדדים - ובמקרה שלפנינו הקונה הראשון והקונה האחר. הוא מציין כי "תאונה משפטית", כאמור, הפגישה בין השניים וכי מפגש זה הוא שיצר ביניהם יחס משפטי. דא עקא, שהמחדל המובא מכוח השקפה זו בגדר הפרת חובת תום הלב, קדם לאותו מפגש ואף תרם למפגש זה. אותה הפרה, קרי אי רישום הערת האזהרה, נוצרה קודם שנוצרו היחסים המשפטיים הנדרשים לעצם החלת החובה. לשון אחר: חובת תום הלב לא נולדה אל תוך יחס משפטי קיים. הפרתה הנטענת קדמה למפגש בין הקונים המתחרים ובפועל, כאמור, תרמה ליצירתו. והשאלה המעוררת ספק היא אם ראוי לקבוע חובת תום לב המופנית כלפי ציבור בלתי מוגדר של זוכים פוטנציאליים – בדומה לחובת הזהירות הנזיקית. לעניין זה עוד אשוב.

4. חברתי השופט ט' שטרסברג-כהן עומדת בהרחבה, בפסק דינה, על קשיים נוספים הניצבים בדרכו של עקרון תום הלב, בהקשר הנדון: לשון החוק המקשה על החלת העקרון והחשש שמא ייחוס חוסר תום לב לבעל העסקה הראשונה, משום שלא רשם הערת אזהרה, יביא לאי-ודאות, אי-אחידות ואי-יציבות ביחס לכלל העדיפות שבסעיף 9. בצדק מציינת השופטת שטרסברג-כהן כי שאלה היא, כאשר מחילים את עקרון תום הלב על בעל העסקה הראשונה, אם אין מקום להתחשבות בשיקולים נוספים, וביניהם שיקולי צדק, ביחסים שבין בעל העסקה הראשונה לבין בעל העסקה השניה. מלכתחילה, כך היא מציינת, נועד רישום הערת האזהרה להגן דווקא על בעל העסקה הראשונה מפני עסקאות סותרות, ומכל מקום שאלה היא, לשיטתה, אם יש באי רשום הערת אזהרה משום חוסר תום לב או שמא המדובר ברשלנות "שאין בה כדי לשלול מבעל העסקה הראשונה את עדיפותו". לדעתי, בנסיבות מסוימות, עשויה רשלנות כזו לשלול את עדיפותו של הראשון; עשויה להיות לה נפקות כאשר מצטרפים אליה נסיבות מתאימות כמו מצג שווא ושינוי מצבו של בעל העסקה המאוחרת לרעה.

5. הקושי בישום עקרון תום הלב על זכותו של בעל העסקה הראשונה אין בו כדי ללמד כי הקונה הראשון חף מחובות כלפי הקונה המאוחר בזמן. כפי שציין חברי

הנשיא, סעיף 9 לא ישכון לבדד. כך למשל, החובה שלא להתרשל כלפי מי שעשוי להיפגע מהתנהגותו חלה על בעל העסקה הראשונה מכח הדין הכללי. זוהי חובת הזהירות והיא חלה כלפי כל מי שהיה על החודל לצפות כי הוא עשוי להיפגע כתוצאה ממחדלו. היא חלה, לפיכך, על הקונה הראשון, ביחסיו עם קונים פוטנציאליים. למחדל רשלני של אי רישום הערת אזהרה עשויה להיות, במקרים המתאימים, גם תוצאה המונעת מן הקונה הראשון את הכוח לעשות שימוש בזכות הראשונים שלו. כך על פי דוקטרינת ההשתק והמניעות. בדרך זו נקט חברי המשנה לנשיא ש' לוי. סעיף 9 לחוק המקרקעין, כך הוא מבהיר, עניינו המעגל החיצוני של דיני הקניין, אך בצדו קיים גם המישור הפנימי, האובליגטורי. במישור זה האחרון, עשוי פלוני להיות מושתק מלטעון לקיום זכותו כלפי אלמוני בהתקיים מצג במעשה או במחדל שבעטיו שינה אלמוני את מצבו לרעה. חברי המשנה לנשיא נכון, עם זאת, להכיר בדימיון שבין דוקטרינת ההשתק לבין דוקטרינת תום הלב בהיבטה האובייקטיבי. הוא מדגיש עם זאת כי המדובר בתום לב במישור האובליגטורי להבדיל מתום הלב במשמעותו הקניינית – כזה הנדרש מן הקונה המאוחר בזמן לפי הוראת סעיף 9 לחוק.

6. גם אני סבור כי בנסיבות החריגות של המקרה - ובהן מעבר הזמן עד לעריכת העסקה השניה, בלא רישום הערת אזהרה מצדו של הקונה הראשון, וכן העובדה שהקונה המאוחר החזיק במקרקעין לאורך זמן ושינה מצבו לרעה - עשוי בעל העסקה הראשונה שלא ליהנות מזכות העדיפות הנתונה לו בסעיף 9 לחוק. מששתק ונמנע מלידת ביטוי לזכויותיו בנכס, בין היתר בדרך של רישום הערת אזהרה, תמנע ממנו אכיפת זכותו בנכס. על אלה הייתי מוסיף גם זאת:

מי שמציג מצג שוא, מנוע מלהתכחש לאמיתותו, אם מקבל המצג פעל על פיו ושינה מצבו. דוגמא למצב דברים בו יוצר בעל זכות ראשונה בנכס מקרקעין מצג שוא פוזיטיבי (שלא כבענייננו) מפורש, מובאת בספרם של ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים (כרך א', תשנ"א), בעמ' 529:

"פלוני מבקש לקנות חלקת קרקע ממוכר, הוא יודע כי אלמוני גם הוא מעוניין באותה חלקת קרקע. פלוני פונה לאלמוני ושואל אותו, אם יש לו תביעות כלשהן לגבי הקרקע או זכויות המתייחסות אליה. אלמוני משיב בשלילה. מסתבר כי לאלמוני היה באותה עת חוזה מכר עם בעל הקרקע. אלמוני מנוע מלטעון כלפי פלוני כי לו זכויות עדיפות מכוח חוזהו עם המוכר. בתחרות בין אלמוני לבין פלוני יזכה פלוני, למרות היותו של אלמוני קודם בזמן, שכן פלוני הסתמך על מצגו של אלמוני

ושינה מצבו לרעה עקב המצג. דוגמא זו ממחישה את תחום פעולתם של דיני ההשתק. אמנם המצג נוצר בסביבה חוזית, אך לא קיימת יריבות חוזית בין מציג המצג לבין מי שהסתמך עליו. המצג פועל כדי לשלול את עדיפותו של אלמוני על פי כללי העסקאות הנוגדות של סעיף 9 לחוק המקרקעין. דיני ההשתק אינם חלים רק בין צדדים לחוזה...”.

ואנו נוסיף כי, בנסיבות חריגות, גם מחדל המתבטא בהימנעות מגילוי לרבים על דבר זכויותיו של אלמוני במקרקעין, עשוי להשתיקו ולמנוע ממנו אכיפת זכותו. נסיבות כאלה מתקיימות בענייננו. תפישה דומה מצאה לה ביטוי בפסיקה גם לאחר החקת סעיף 9. כך בדברים שהשמיע השופט מ' בן-יאיר בבית המשפט המחוזי בת"א (ת"א) 2427/84 דז חברה לבנין בע"מ נ' אירנשטיין ואח' וכך בפסיקתו של הנשיא א' ברק בד"נ ורטהיימר הנ"ל, בעמ' 267, לאמור, כי במסגרת סעיף 9 "רשאי בית המשפט להתחשב בהתנהגותו של הקונה הראשון, כגון מעשי תרמית או הטעיה או רשלנות שביצע". בפועל, לא ניתן לכחד כי השתקתו של בעל העסקה הראשונה מלטעון לזכות האכיפה שבידו, סומכת גם על שיקולי צדק שבינו לבין הקונה המאוחר בזמן; מחד גיסא, נמדדת התנהגותו הרשלנית של הקונה הראשון בזמן אל מול פני הפגיעה בקונה המאוחר בזמן, ששינה מצבו לרעה. ומאידך גיסא, עשויה להיבחן גם התנהגות רשלנית מצד הקונה השני, שתרמה לאותה "תאונה משפטית". עצם הבחינה הכפולה הזו גורעת, כך יש לומר, מתוקפה של הלכת ורטהיימר.

ואם תאמרו, מה לי השתק ומה לי תום לב אובייקטיבי, שזה גם זה, מסייג את הכלל הבסיסי שבסעיף 9 באמצעות עקרונות כלליים, אשיבכם, כי אף שלכאורה אין נפקא מינה, שהרי התוצאה דומה, ראוי וחשוב להדגיש שתיים אלה: ראשית, המדובר, בענייננו של בעל העסקה הראשונה, בתום לב אובייקטיבי המושתת על אמת-מידה של הגינות המחייבת זהירות כלפי כל נפגע פוטנציאלי, בשונה, למשל, מתום הלב הסובייקטיבי הנדרש לדעתי מן הקונה המאוחר בזמן, לאמור, היותו חף מידיעה או חשד בדבר העובדה שזכותו בנכס נתונה לתחרות מצד אחר, הטוען לזכות טובה יותר. שוני מהותי זה בין טבעו של תום-הלב הנדרש, על פי גישה זו, מידי הקונה הראשון, לבין תום-הלב שהחוק מחייב בו את הקונה השני - מקשה על עריכת "מאזן ההתנהגויות" של הצדדים. זאת משום שבצד התנהגותו של הקונה הראשון, העשויה למנוע ממנו את אכיפת זכותו - והיא נמדדת כאמור באמת מידה אובייקטיבית - יש להביא בחשבון, במקרים המתאימים, את התנהגותו של הקונה המאוחר בזמן - למשל הימנעות מבדיקת ספרי המקרקעין - וזו נמדדת באמת מידה סובייקטיבית. מאזן של

"השתקים", לעומת זאת, מאפשר אמת מידה אחידה - אובייקטיבית" - להשוואת דרכי ההתנהגות של הצדדים (על מאזן השתקים, ראו בחיבורו של מיגל דויטש, קניין (כרך א, תשמ"ז) עמ' 176-180). ואפילו תרצו לומר כי בשני צדי המשוואה עניין לנו בתום לב אובייקטיבי, אין אתם אומרים אלא שעניין לנו בהשוואת התנהגויות של הגינות המחייבת זהירות, לאמור, "מאזן של השתקים" שהורתם ברשלנות.

ושנית: מוסכם כי עקרונות כלליים אלה כופפים ראשם בפני מצוות המחוקק. אכן, הם עשויים ליטול מעוקצו של החוק, מקום בו הוא עשוי להביא לתוצאות שאינן רצויות. הם עשויים להקהות את "להב הגליוטינה", כלשונו של חברי השופט מ' חשין בע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, אך אין בכוחן להפוך על פיה את הוראת החוק. כפי שהדגיש חברי הנשיא, העקרונות הכלליים כאן לא באו לרוקן את הכלל הבסיסי שבסעיף 9 מתוכנו, ולהציב תחתיו כלל חדש ושונה. המחוקק בחר להסתפק בהטלת חובת תום לב על הקונה השני וזאת כתנאי לעדיפותו, ונמנע מלהטיל חובה מקבילה על הראשון. כל שמותר לנו הוא לעדן את הכלל, כאמור, באמצעות עקרונות כלליים, ולא לאיינו. כשם שבתחום דיני החוזים לא בא עקרון תום הלב לאיין את העקרון לפיו חוזים יש לקיים, כך גם תחת ממלכתו "הכללית" של עקרון תום הלב לא נתאינה החובה חוקים לכבד.

גם אני מסכים, אפוא, כי בנסיבות המקרה, יש למנוע מן הקונה הראשון את זכות האכיפה (אך לא למנוע ממנו תרופות אחרות). אשר על כן, מצטרף אני לפסק דינם של חברי.

ש ו פ ט

אשר על כן הוחלט פה אחד לדחות את הערעור.

ניתן היום, ג' באדר א' התשס"ג (5.2.2003).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

ה נ ש י א

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העתק מתאים למקור 97026430.A05 /דז/
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444
בית המשפט פתוח להערות והצעות: pniot@supreme.court.gov.il
לבתי המשפט אתר באינטרנט: www.court.gov.il