

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 790/97

בפני :  
כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופט א' ריבלין  
כבוד השופטת א' חיות

המערער : בנק המזרחי המאוחד בע"מ

נ ג ד

המשיב : אברהם גדי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו  
בה"פ 34/95, מיום 24.12.96, שניתן על ידי כבוד השופטת  
שרה סירוטה

בשם המערער : עו"ד יעקב שפיגלמן ; עו"ד איל קינן

בשם המשיב : עו"ד מיכאל לב

### פסק-דין

הנשיא א' ברק:

ראובן מכר לשמעון דירה. העסקה הושלמה, פרט לרישום בפנקסי המקרקעין. שמעון לא רשם הערת אזהרה. בחלוף מספר שנים הטילו נושיו של ראובן עיקול על הדירה. שמעון הקונה מבקש לגבור על העיקול ותובע את ביטולו. מהי תוצאת התחרות בין השניים ? זו השאלה הניצבת לפנינו בערעור זה.

1. יעקב ומלכה כרמל (להלן - כרמל) רשומים כבעליה של דירה (להלן - הדירה). כרמל מכרו את הדירה למשיב (ביום 6.1.87). העיסקה דווחה במועד לרשויות מס שבח והמשיב שילם מס רכישה כדין. המשיב שילם לכרמל את מלוא התמורה וקיבל את החזקה בדירה (ביום 5.4.87). ממועד זה הוא מתגורר בדירה עם משפחתו. עם זאת, בפנקסי המקרקעין לא בוצעה העברה של הזכויות על שם המשיב ואף לא נרשמה לטובתו הערת אזהרה במשך כשבע שנים. במהלך תקופה זו הסתבכו בני הזוג כרמל בחובות כלכליים לבנקים. בני הזוג כרמל ערכו לבנק המזרחי המאוחד (להלן - הבנק או המערער, לפי העניין) בערבות בלתי מוגבלת בסכום, לפרעון אשראי שהעמיד הבנק לחברות בשליטת כרמל. האשראי ניתן ללא קשר לדירה ולאחר מכירתה למשיב. יעקב כרמל נפטר בשנת 1990, בהותירו חוב גדול בגין ערבותו האישית כלפי הבנק. הבנק-הנושה הגיע להסדר פריסת חוב עם אלמנת כרמל ועם יתר הערבים לחובות החברה. משלא קיים ההסדר הגיש הבנק תביעה ובמסגרתה הוטל עיקול זמני על הזכויות הרשומות על שם כרמל בדירה. עיקול זמני נוסף הוטל על הדירה בשנת 1992. בעקבות זאת הגיש המשיב-הקונה המרצה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, להצהיר על ביטולם של שני העיקולים שהוטלו על הדירה.

#### בית המשפט המחוזי

2. בית המשפט המחוזי (השופטת ש' סירוטה) קיבל את עמדת המשיב, בקובעו כי זכותו גוברת על זכות הבנק. במועד פסק הדין עמדה בתוקפה ההלכה שנפסקה בבית משפט זה ברע"א 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121 (להלן - הלכת בוקר). באותו ענין נפסק כי עיקול מאוחר גובר על התחייבות מוקדמת לעשות עסקה, שלא הושלמה ברישום. עם זאת, בית המשפט פסק כי במקרה הנדון אין בהלכת בוקר כדי לסייע לבנק, כיוון שהבנק לא נהג בתום לב. האשראי לכרמל ניתן לאחר מכירת הדירה, מבלי שהבנק ידע כלל על קיומה. על קיום כך הוא למד בדיעבד, באמצעות עבודת "בילוש". כעת הוא מנסה להיבנות מטעות שמקורה ברשלנות של עורך הדין שטיפל בעסקת המכר מטעם המשיב. הבנק ידע שכרמל אינם מתגוררים בדירה וכאשר ביקש לממש את הדירה כלל לא טרח לפנות למחזיקים. עצם ההתעלמות מן המשיב מצביעה על חוסר תום לב. בנסיבות אלה, העדיף בית המשפט, משיקולי צדק, את ההתחייבות כלפי המשיב על פני העיקול של הבנק. הוא הצהיר,

איפוא, כי המשיב רשאי להירשם כבעל הנכס וכי יש לבטל את העיקולים הזמניים שהטיל הבנק.

הליכי הערעור

3. על פסק הדין הוגש ערעור לבית משפט זה והצדדים הגישו סיכומים בכתב. נוכח העובדה שהשאלה המשפטית העיקרית בערעור נדונה אותה עת בפני הרכב מורחב בע"א 189/95, נדחה הדיון עד להכרעה בהליך האחר. בעקבות מתן פסק הדין בע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' מזל אהרונוב, פ"ד נ(4) 199, שניתן ביום 10.8.99 (להלן – פרשת אהרונוב), התבקש המערער להודיע עמדתו באשר לערעור זה. המערער הודיע (ביום 25.1.00) כי הוא עומד על קיום הדיון בערעור והגיש השלמת טיעון נוספת בכתב. השלמת הטיעון נסבה סביב הטענה כי המשיב התרשל בכך שלא רשם הערת אזהרה במשך שנים רבות. לשאלה דומה נדרש בית משפט זה בערעור אחר שהיה תלוי ועומד באותה עת (ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, להלן – פרשת גנז). משכך, החליט המותב (השופטים ט' שטרסברג-כהן, י' אנגלרד וא' ריבלין) לדחות את הדיון בערעור זה עד למתן פסק הדין בערעור האחר. עם מתן פסק הדין בפרשת גנז התבקשו הצדדים להשלים טיעון בשאלת השלכתו האפשרית של פסק הדין החדש על עניינם. הסיכומים המשלימים הוגשו זמן קצר לפני סיום כהונתם של השופטים ט' שטרסברג-כהן וי' אנגלרד בבית המשפט העליון. בנסיבות אלה הוחלף ההרכב ופסק הדין ניתן על יסוד חומר המצוי בתיק, ללא שמיעת טענות בעל-פה.

הטענות בערעור

4. הערעור מטעם הבנק הוגש על יסוד הטענה כי לא היה מקום לסטות מהלכת בוקר. על פי הלכת בוקר, תום ליבו של המעקל אינו מוסיף ואינו גורע, מה גם שלטענת הבנק לא היה בסיס עובדתי לשלול את תום ליבו. הבנק לא ידע כי כרמל התחייב למכור את הדירה ולא ידע על ביצוע עסקה כלשהי בדירה. המערער מוסיף כי אין להתעלם מרשלנותו של המשיב, אשר הזניח את רישום העיסקה ואף לא טרח לרשום הערת אזהרה במשך שנים רבות, ומכאן ששיקולי הצדק אינם נוטים לטובתו. אשר להלכת אהרונוב, זו ניתנת לדעת המערער לאיבחון, שכן בעניינו המשיב התרשל. לדעתו יש להחיל במקרה שלפנינו את הלכת גנז. החלתה מובילה, לטענתו, לקביעה כי התרשלות המשיב באי רישום הערת אזהרה היא בבחינת חוסר תום לב ולכן תימנע ממנו הזכות לאכוף את הסכם המכר. המשיב גרם לתקלה חמורה או ל"תאונה משפטית" ועליו לשאת באחריות לכך. אין לתת עדיפות מכוח זכויות שביושר למי שנהג בחוסר תום לב.

העובדה שבמקרה הנדון, בניגוד לפרשת גנז, המשיב-הקונה התגורר בנכס, אינה מעלה ואינה מורידה. הבנק כמעקל- להבדיל מרוכש נכס - גם אם היה יודע שבנכס יושב מי שאינו בעל הזכויות הרשום, רשאי היה להניח שהנכס מושכר למאן דהוא ולא יהיה בכך כדי להפריע למימוש העיקול.

5. המשיב, מצידו, מבקש לקיים את פסק הדין המחוזי. הוא סבור כי יש לאמץ את פסק הדין נוכח העוול המוסרי ועקרון תום הלב בהפעלת זכויות משפטיות. המשיב מדגיש כי לא בתחרות בין זכויות עסקינן אלא בעימות בין זכות לבין עיקול זמני. הבנק לכאורה לא שינה את מצבו לרעה בשל העדר רישום הערת אזהרה מצד המשיב. העמדת האשראי לא היתה בהסתמך על הרישום. בנוסף, הבנק התרשל לכאורה כאשר נמנע מלברר כי המשיב מתגורר בדירה ונמנע בהליך העיקול ליתן הודעה למשיב בתורת מחזיק, כמתחייב בסדרי הדין. המשיב מוסיף כי אין להיזקק לטיעון העובדתי החדש שהעלה הבנק לראשונה בהשלמת הטיעון, בדבר חוסר תום לב של המשיב. המשיב מסביר כי בשל טעות, שיכחה או רשלנות לא הושלם הרישום על שמו, דבר היה מתפקידו של עורך-הדין שטיפל בעסקה מטעמו. עקרון תום הלב מחייב להסיג את העיקול מפני זכויות המשיב בדירה.

#### המסגרת הנורמטיבית

6. בערעור זה עלינו להכריע בתחרות על זכויות בנכס בין רוכש הנכס, שנמנע מרישום הערת אזהרה, לבין נושה של מוכר הנכס, שהטיל עיקול על הנכס כדי לממש את נשייתו. נקודת המוצא לבחינת שאלה זו היא פרשת אהרונוב. באותה פרשה פסקנו כי עיסקת מכר מעניקה לקונה זכות שביושר בנכס (שס, בעמ' 254). זכות זו היא מעין זכות קניין. היא פועלת כלפי כל אדם, למעט קונה בשוק הפתוח או קונה (שני) מהמוכר שרכש בעלות בתמורה בהיותו בתום-לב. מזכותו שביושר של הקונה נובע כי נושה של המוכר – הן נושה מכוח עסקה נוגדת הן נושה מכוח נשייה שאינה קשורה כלל לנכס - אינו יכול לעקל את הנכס. נקבע, איפוא, כי זכות הקונה עדיפה, ככלל, על מעשה עיקול שבא לאחר היווצרותה. כפועל יוצא מהלכת אהרונוב, הקונה רוכש זכות מעין קניינית שבכוחה לפעול גם כלפי צדדים שלישיים, באופן שנשלל מנושה הכוח לממש את זכותו כלפי המוכר באמצעות הנכס הנמכר (ראו גם ע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי, פ"ד נה(4) 730, 761, (להלן – פרשת חיג'אזי); ע"א 3911/01 כספי נ' נס, פ"ד נו(6) 752; ע"א 2010/94 גלבוע נ' בינוי ופיתוח ארץ ישראל (לא פורסם)).

7. הנה כי כן, באים אנו בגדרי הלכת אהרונוב. אין חולק כי המשיב התקשר בהסכם מכר מחייב עם כרמל לרכישת הדירה וכי הסכם זה קדם לעיקולים שהטיל המערער על הדירה. עם עשיית הסכם המכר הועברה לידי המשיב זכות "מעין קניינית" בדירה, שהיא בבחינת "זכות שביושר נוסח ישראל". משמעות הדבר היא כי נושיו של כרמל – והמערער בכלל זה – לא יוכלו עוד להיפרע מן הדירה את החוב שכרמל חב להם. קניינו של החייב בנכס הפך ריק מתוכן עם מכירת הדירה למשיב. העיקולים שהטיל המערער נסוגים, איפוא, מפני זכויות הקניין שביושר שבידי המשיב.

8. והנה, המערער מבקש לסייג את זכויותיו של המשיב-הקונה על פי הלכת אהרונוב באמצעות עקרון תום הלב, בהתבסס על מחדלו של המשיב לרשום הערת אזהרה. אכן, הלכת אהרונוב אינה עומדת בבדידותה. היא חלק ממערך נורמטיבי רחב, הכולל דוקטרינות כלליות החלות בכל אתר ואתר (השוו פרשת גנז, עמ' 400). על דוקטרינות כלליות אלה נמנה גם עקרון תום הלב. עמדתי על כך בפרשת גנז, בצייני:

"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 139-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 - הוא עקרון "מלכותי"... הוא קובע אמת מידה אובייקטיבית של התנהגות ראויה במכלול היחסים הבינאישיים". (שם, עמ' 386. ראו גם דברי השופט חשין בפרשת אהרונוב, עמ' 279).

9. דוקטרינת תום הלב חלה גם במסגרת דיני הקניין. היא חלה בגדריו של חוק המקרקעין (ראו רע"א 6339/97 דוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 275, להלן – פרשת דוקר). היא חלה על הפעלת זכויות במקרקעין ועל הפעלת זכויות קנייניות אחרות (שם, בעמ' 288; ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן (טרם פורסם), פסקה 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). "תום הלב חל על כל שימוש בזכות, בין שימוש בזכות הקניין הגורם נזק לזולת, ובין שימוש בזכות הקניין שנועד להגן על זכות הקניין (או זכות אחרת) מפני מתנכלים" (פרשת דוקר, בעמ' 277). כל זכות המעוגנת בדיני המקרקעין צריכה להיות מופעלת בתום-לב. כך למשל, נפסק כי על הפעלת זכויות מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין חל עקרון תום הלב (פרשת גנז, בעמ' 402). גם הפעלה של זכותו של קונה, האוחז בקניין שביושר, כלפי צדדים שלישיים כפופה לעקרון תום הלב. נמצא, כי עקרון תום הלב חל גם על הזכויות הקנייניות שהוכרו בהלכת אהרונוב.

10. ואולם, דרישות תום הלב בגדרי הזכויות המשפטיות השונות אינן זהות. "מהותה של הזכות משפיעה על היקף פעולתו של עקרון תום-הלב בגדריה. כל זכות והערכים והאינטרסים המוגנים על ידיה; כל זכות ועוצמתה שלה; כל זכות ואיזונה שלה ביחסה עם ערכים ואינטרסים נוגדים; כל זכות ומידת השפעתו של תום-הלב עליה" (פרשת רוקר, בעמ' 278). בהפעלת עקרון תום הלב במסגרת דיני הקניין יש להביא בחשבון את התכונות והמאפיינים של הזכות המופעלת" (פרשת גנו, בעמ' 402). בפרשת גנו נדונה חובת תום הלב של בעל עסקה ראשונה כלפי בעל עסקה שנייה בהפעלת זכות מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין. פסקנו כי עקרונית, "תום הלב דורש מבעל עסקה ראשונה לעשות ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה, וכי במחדלו מלעשות כן יש 'עקרונית' משום מחדל שלא בתום לב" (פרשת גנו, בעמ' 405). הוספנו וקבענו כי:

"הדגשה זו על עמדה 'עקרונית' נובעת 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 .... לא בכל מקרה ולא בכל הנסיבות יש באי-רישומה של הערת אזהרה משום פגיעה בעקרון תום-הלב... הדבר תלוי בנסיבות" (שם, שם).

באותה פרשה עמדנו על הבחנה עקרונית לעניין זה בין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר לבין חובת תום הלב שלו כלפי בעל העסקה השנייה. בעוד שאי רישום הערת אזהרה אינו מהווה, במצב הדברים הטיפוסי, הפרה של חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי המוכר, לא כן לעניין חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה כלפי בעל העסקה השנייה (שם, בעמ' 405). באי רישומה של הערת אזהרה אין משום הכשלה של המוכר אך היא מניחה את התשתית ל"תאונה המשפטית" שבעסקאות נוגדות ובכך פוגעת באינטרס של בעל העסקה השנייה. וכך כתבתי שם:

"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 שנייה, אשר עשוי לרכוש הנכס לאחר עיון בפנקסי המקרקעין, ומתוך מחשבה מוטעית כי לא נערכה עסקה ראשונה ... בהמנעותו מעשיית כל האפשר לרישומה של הערת האזהרה הניח בעל העסקה את התשתית ל"תאונה המשפטית" שבעסקאות 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" (פרשת גנו, בעמ' 404).

#### עקרון תום הלב בתחרות קונה-מעקל

11. עקרון תום הלב חולש גם על התחרות בין בעל עסקה (ראשונה) לבין נושה של המוכר, המבקש לעקל את הממכר. עדיפותו של הקונה אינה אבסולוטית והיא עלולה לסגת מפני עיקרון תום הלב. גם הזכות שביושר כפופה לחובה לנהוג בתום לב. אי עמידה בדרישות תום הלב עלולה להביא לשלילה של העדיפות של הקונה שאלמלא כן הייתה מוקנית לו. השאלה שיש לבחון היא מה היקף השפעתו של עקרון תום הלב על הפעלת זכותו של הקונה בתחרות מול הנושה-המעקל. וביתר דיוק, יש לבחון את השאלה האם חובת תום הלב של קונה בעל קניין שביושר כלפי מעקל מופרת אם נמנע מלרשום הערת אזהרה על הנכס במרשם המקרקעין, מקום שרישום כזה הוא אפשרי ומתבקש.

12. פרשת אהרונוב לא נדרשה לשאלה זו. בנסיבות אותה פרשה לא היה מקום לצפות לרישום הערת אזהרה, שכן הזכות מן היושר נבעה מהסכם יחסי ממון בין בני זוג, לגביו אין ככלל מקום לדרוש הערת אזהרה, משיקולי מדיניות כלליים. מה הדין, איפוא, במקום שניתן לצפות לרישומה של הערת אזהרה על ידי הקונה? הלכת גנו מורה אותנו כי "עקרונית" תום הלב דורש מבעל עסקה לעשות ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה לאחר כריתת העסקה. האם במחדלו של בעל עסקה מלעשות כן יש משום חוסר תום לב כלפי הנושה-המעקל? התשובה לשאלה זו תיבחן על פי מהותו של היחס בין בעל העסקה (הקונה) לבין המעקל. היקפה ותוכנה של חובת תום הלב ילמדו מאופיה של זכות הקניין ומאופי האינטרסים הנוגעים לסכסוך. אין די בעצם אי הרישום כדי לקבוע כי הופרה חובת תום הלב של בעל העסקה הראשונה. נדרשת בחינה של התכונות והמאפיינים של הזכות המופעלת ושל הזכות שבידי הצד האחר, כמו גם בדיקה פרטנית של הנסיבות הספציפיות. הראציונל האמור בפרשת גנו, שהביא לשלילת זכות האכיפה מקונה ראשון שלא רשם הערת אזהרה, אינו תקף בהכרח בתחרות בין קונה למעקל.

13. דעתי היא כי, בעקרון, במצב הדברים הטיפוסי, אין הקונה מפר, באי רישומה של הערת אזהרה, את חובת תום הלב כלפי מעקל שהטיל עיקול לאחר היווצרות זכויות הקונה. אי רישום הערת אזהרה אינו שולל את עדיפותו הקניינית בנכס. קביעה זו מבוססת על שורה של שיקולים, ובהם מאפייני מוסד העיקול וההתנגשות עם הקונה; טיב הסתמכותו על מרשם המקרקעין ותרומתו של אי רישום הערת אזהרה להיווצרות העימות; עוצמת הזכויות של המעקל ומידת זיקתו לנכס. אפרט שיקולים אלה אחד לאחד.

מוסד העיקול וההתנגשות עם הקונה

14. העיקול הוא, כידוע, אמצעי דיוני, בו משתמש נושה כדי להבטיח ביצוע חיוב כספי של החייב כלפיו. מטרת העיקול למנוע מבעל הזכויות או מהמחזיק בנכס מלסכל את פירעון החוב לנושה (ע"א 4360/90 בר חן נ' כוכבי, פ"ד מז(2) 311, 320; ע"א 6574/99 מדינת ישראל, משרד השיכון נ' עו"ד קרייתי (טרם פורסם)). מטרתו לעכב כל דיספוזיציה בנכס ובכך להמריץ את החייב לקיים את חיובו כלפי הנושה (הלכת אהרונוב, בעמ' 242). אין הוא מקנה זכות מהותית בנכס המעוקל. היטיב להבהיר זאת השופט חשין בפרשת אהרונוב:

"עיקול - ורישום 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" (שם, בעמ' 268).

15. העיקול מוטל על ידי נושה כספי של החייב. ההתחייבות של החייב-המוכר כלפי הקונה לחדוד והחייב של החייב-המוכר לנושה לחדוד. כדי לצאת ידי החיוב האחד אין מפירים את החיוב האחר. אין לנו כלל עניין בעסקאות נוגדות. במצב דברים זה, המחדל מרישום הערת אזהרה לא גרם ל"תאונה משפטית" במובן של עסקאות נוגדות. תביעת נושה להיפרע מנכס, ששייך למעשה לאחר, היא התנגשות משפטית שונה. להבדיל מ"התאונה המשפטית" בעסקאות נוגדות היוצרת "התנגשות קניינית", בעימות בין בעל קניין שביושר לבין נושה כספי נוצרת "התנגשות כלכלית" בלבד (השוו, ה"פ

(י-ם) 2247/03 אהרון רשף, עו"ד נ' לוי יוסף (לא פורסם)). אין לגזור גזרה שווה לשני סוגי העימותים. חובת תום הלב, אין פירושה אחריות מוחלטת לכל התנגשות כלכלית.

#### הסתמכות

16. במצב של עסקאות נוגדות, בעל העסקה השניה מסתמך על המצב הרישומי של הנכס בכניסתו לעסקה עם בעל הנכס. ההסתמכות של בעל העסקה השניה עומדת בבסיס חובת תום הלב, המביאה להסגת זכויותיו של בעל העסקה הראשונה מפני בעל העסקה השניה. שאלת ההסתמכות בעימות של בעל עסקה לבין נושה-מעקל שונה בתכלית. כותבת לעניין זה פרופ' נ' כהן:

"בעשותו את העסקה הבסיסית, המולידה את הנשיה, אין הנושה סומך על קניינו הנחזה של המוכר-החייב. עיסקת הנשיה אינה עיסקה שיש לה נגיעה הכרחית למקרקעין. אפילו בודק הנושה נכסיו של המוכר (ומבחינה זו הוא 'סומך', כביכול, על הרישום), אין הדבר מעלה או מוריד בשאלת ההסתמכות בזמן הרלבנטי: האשראי ניתן לפני העיקול, ואין לנושה שום בטחון כי מצב נכסיו של החייב יישאר כמות שהוא. לו היתה הקרקע עוברת לבעלותו המלאה של הקונה, ודאי לא היה יכול הנושה להתלונן. ומדוע יתלונן על פגיעה מהותית בזכויותיו, אם עברה לקונה בעלות שביושר ... ללא רישום? הכרה בעדיפות הנושה משמעותה הגדלה מלאכותית של נכסי המוכר-החייב. במיוחד בולט הדבר, אם שילם הקונה כבר מלוא המחיר עבור הדירה. מדוע יזכה המוכר, ועמו נושיו, גם במחיר וגם בדירה?" (נ' כהן "חווה של קטינה לרכישת דירה" הפרקליט מא (תשנ"ג-1993) 161, 189-190, להלן – כהן, חווה של קטינה)).

המעקל, שהוא נושה בלתי מובטח, אינו סומך במישרין על מצבו הרישומי של הנכס נשוא העימות. ציפיותיו להיפרע מן החייב הן כוללניות ואינן קשורות במישרין לנכס המעוקל. התמורה שנותן המעקל לחייב, ככל שקיימת תמורה, ניתנת במסגרת העסקה הבסיסית המולידה את הנשיה ולא בעת היווצרות העיקול. בין אם קדמה העסקה הבסיסית להקניית הנכס לקונה ובין אם לאו, ובין אם ידע המעקל על קיומו של אותו נכס אם לאו, אינטרס ההסתמכות שלו על הנכס הוא בעוצמה נמוכה ביותר. ברוח זו, כתב השופט חשין בפרשת אהרנוב:

"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 העבר, 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 העבר. כך, למשל, המבקש לקנות נכס מקרקעין מניח כי הנכס נקי וממורק מכל שיעבוד ומכל זכות נוגדת אחרת. הנה-הוא אינטרס ההסתמכות, הנה-היא הצפייה אל-העבר. צפייה מסוג זה נעדרת, בעיקרם של דברים, במערכת של עיקול, שכן הנחת-היסוד היא שהמעקל מעקל נכס כמות שהוא, על מומיו ופגמיו (as is)". (פרשת אהרונוב, בעמ' 270-271).

ובהמשך:

"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". (שם, בעמ' 274).

אי רישום הערת אזהרה כגורם להתנגשות

17. בהתנגשות בין עסקאות נוגדות, ההנחה היא כי קיומה של הערת אזהרה היה מונע את התקשרותו של הקונה השני. המחדל ברישום הערת האזהרה מצד הקונה הראשון הוא הגורם שהכשיל את הקונה השני (ראו, א' רייכמן "הערת אזהרה - מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", עיוני משפט י' (תשמ"ד-1984) 299, 337; נ' זלצמן, דיני קניין, ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג (1994); עורך א' רוזן-צבי (561, 587; נ' כהן, התערבות ביחסים חוזיים (תל-אביב, תשמ"ב-1982) 373). כאשר עסקינן בעימות בין קונה לבין מעקל, אין, באופן עקרוני, קשר סיבתי בין אי רישום הערת אזהרה לבין היווצרות החיוב של המוכר כלפי הנושה הכספי. העיסקה שהולידה את הנשייה נוצרת, על פי רוב, בנסיבות שאין להן זיקה לנכס. לעיתים היא אף קודמת להתקשרות בין המוכר לקונה. קיומה של הערת אזהרה לא היה מונע את

היווצרות הנשייה של המעקל. המחדל של הקונה ברישום הערת האזהרה אינו הגורם, איפוא, להכשלתו של הנושה. ההצדקה להטלת נטל לרישום הערת אזהרה היא שביכולתו של בעל העסקה למנוע "תאונה משפטית" או התנגשות אחרת באופן פשוט ויעיל. אך אם המחדל של הקונה אינו הגורם להתנגשות ולא הכשיל את הנושה, אין הצדקה עניינית לפגוע בעדיפות הקונה.

18. הכשלתו של המעקל מתבטאת לכל היותר בכך שעקב אי הרישום הוא טרח להטיל עיקול. בבואו לממש את נשייתו מן החייב, הוא הטיל עיקול על נכס שנחזה להיות בבעלות החייב, בהסתמכו על הרישום. הליך סרק זה היה נמנע לו רשם הקונה הערת אזהרה או השלים את העברת הזכויות בנכס לידיו. ייתכן שיש מקום לחייבו בהוצאות שנגרמו למעקל, שטעה לחשוב כי המדובר בנכס של החייב (ראו, כהן, חוזה של קטינה, בעמ' 190). בשלב הטלת העיקול, ההסתמכות על הרישום עשויה, בנסיבות מסוימות, אף להביא את המעקל לוותר על דרכים אחרות או נכסים אחרים להיפרע מן החייב. ייתכן כי גם נזקים מסוג זה, ככל שיוכחו, ניתן לתבוע מן הקונה. מכל מקום, סעד הפיצויים אינו הסעד המבוקש בענייננו, כך שאין צורך להידרש בהרחבה לסוגיה זו ולקבוע בה מסמרות.

עוצמת האינטרס של המעקל וזיקתו לנכס

19. עימות של עסקאות נוגדות נבדל מהעימות שלפנינו גם בטיב הזיקה לנכס של שני האינטרסים המתחרים. בשני המצבים, לבעל העסקה (הראשונה) אינטרס קונקרטי בנכס. כך גם לבעל העסקה השניה בעסקאות נוגדות. לכן "ההתנגשות הקניינית" בין השניים, החייבת כלל הכרעה כדוגמת סעיף 9 לחוק המקרקעין. למעקל, לעומת זאת, רק אינטרס להיפרע את חובו. אין לו אינטרס קונקרטי בנכס. נשייתו אינה קשורה לנכס הנמכר. בינו לבין הקונה אין התנגשות ישירה בעניין הנכס, והוא יכול לכאורה להיפרע באותה מידה מנכסים אחרים של החייב. הנושה מבקש לזכות זכייה כפולה – הן בנכס ודהן בתמורה ששילם עבורו הקונה והיא חלק ממסת הנכסים של החייב (המוכר).

20. קיימת הבחנה מהותית במרחב הציפיות הראויות להגנה בין נושה של המוכר שהטיל עיקול (זמני) על נכס, לבין מי שקנה את הנכס בתמורה. לכל היותר אפשר לומר כי למעקל נוצרה בזמן כלשהו ציפיה להיפרע מן הנכס. ציפיה זו אינה מגעת כדי אינטרס משפטי מוגן הגובר על האינטרסים של הקונה בנכס. האינטרס של הנושה הכספי אינו קרוב בעוצמתו לאינטרס של הקונה בעל זכות מעין קניינית בנכס. אין

למעקל זכות הסתמכות לגיטימית המולידה זכות ראויה להגנה, בעלת עוצמה חזקה כזו של הקונה השני בעסקאות נוגדות. בצדק ציין פרופ' מ' דויטש כי:

"לרוכש נתון אינטרס רב עוצמה. לנושה הכספי אינטרס שאינו 'צמוד נכס', ואינו נפגע מאי הרישום, שכן ממילא אין המרשם מבטיח לנושה דבר לעניין העתיד. הרוכש אינו מתרשל איפוא באי-רישום הערת-אזהרה, לאור התפיסה שביסוד פסק הדין [בעניין אהרונוב], שכן אין הוא חב חובת זהירות בעניין זה כלפי הנושה הכספי" (דויטש, "נפילתה(?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" עיוני משפט כד (2000), 313, 362).

ובמקום אחר נדרש לכך פרופ' מ' דויטש בהרחבה:

"דעתנו היא כי אי-רישום הערה אינו פוגע בעדיפות הרוכש מול נושה כספי המעקל את הנכס. ההנחה של בית-המשפט בעניין בנק אוצר החייל היא כי אינטרס הסתמכות של הנושה הכספי הבלתי-מובטח על מצב המירשם הוא מוחלש, ועל-כן אין להקנות משקל ממשי למצב הזכויות הפורמלי, אלא יש להעדיף את האינטרס הכלכלי הקונקרטי של הרוכש בנכס, על-פני ציפיותיו של הנושה להיפרע, אשר הן מוחלשות, כוללניות ובלתי-קשורות לנכס נתון. הטלת נטל עקרוני לרישום הערה, כאשר הרישום אפשרי, תצמצם בצורה דרמטית את עדיפות הרוכש מול נושה כספי, ותפגע באופן חריף במדיניות שבבסיס הלכה זו, גם אם נטל זה כפוף לסייגים, כאמור לעיל. אין מקום להקבלה, בהקשר זה, בין שני סוגי העימותים: עסקות נוגדות, ועימות מול נושה כספי. במקרה של עסקאות נוגדות, במובחן מעימות מול נושה כספי, הזכאי המאוחר רכש זכויות קונקרטיות בנכס, תוך הסתמכות כבדה על מצב הזכויות והמירשם. ראוי אם-כן להטיל בנדון נטל אזהרה על הרוכש הראשון, שאינו מתבקש במקרים של עימות בין רוכש לבין נושה כספי" (מ' דויטש "נטל הרישום של הערת אזהרה במקרקעין – הלכת גנז והשלכותיה" הפרקליט מז (תשס"ד) 181, 205, להלן – דויטש, נטל הרישום)).

21. הכלל הוא, איפוא, שאי רישום הערת אזהרה אינו מנוגד לעקרון תום הלב במצב הטיפוסי של תחרות בין קונה לבין מעקל. עצם ההתנגשות הכלכלית בין הקונה לבין הנושה הרגיל אינה מצדיקה, ככלל, שלילת העדיפות מכוח עקרון תום הלב. שאלה

יפה היא האם לכלל זה עשויים להיות חריגים. השאלה אינה מתעוררת בנסיבות המקרה שלפנינו ואת הדיון בה ניתן להותיר לעת מצוא.

מן הכלל אל הפרט

22. המשיב רכש דירה מכרמל. הוא שילם את מלוא התמורה. הוא קיבל חזקה בדירה. הוא מתגורר בה עם משפחתו במשך שנים. למשיב זכות מעין קניינית בדירה. המשיב, עם זאת, לא דאג משך שנים להעברת רישום הזכויות בדירה במרשם המקרקעין מכרמל לשמו שלו, ואף לא דאג לרישום הערת אזהרה לטובתו. תקלה זו נעוצה ככל הנראה במחדל של בא-כוחו של המשיב, הגם שהעניין לא נתברר עד תום. הבנק-המערער הוא נושה של כרמל. הנשייה נוצרה לאחר העיסקה עם המשיב. המערער הטיל עיקולים זמניים על הדירה, במטרה לממש את הדירה ולהיפרע ממנה את נשייתו מכרמל. מכאן ההתנגשות בין המערער למשיב.

23. בהתנגשות זו נשמרת העדיפות של המשיב מכוח זכויותיו המעין קנייניות ואין באי רישומה של הערת אזהרה כדי לשלול עדיפות זו. העסקה שבבסיס נשייתו של המערער היא ערבות אישית שהעמידו בני הזוג כרמל למערער תמורת אשראי שקיבלו בזמנו חברות בשליטת כרמל מן המערער. עסקאות האשראי והערבות של כרמל למערער אינן קשורות כלל לדירה. בשום שלב לא הועמדה הדירה כבטוחה לטובת המערער, לא בעת העמדת האשראי ואף לא כאשר החלה הסתבכותם של כרמל בחובות והוסכם על הסדר פריסת חוב עם אלמנת כרמל. כמו כן לא נשמעה מפי המערער הטענה כי בעת העמדת האשראי, עריכת הסדר פריסת החוב או בשלב אחר ביחסיו עם כרמל המערער הסתמך על הדירה כנכס של כרמל שיוכל להיפרע ממנו. למעשה, כלל לא נטען כי ידע על קיומה של הדירה, כי בדק את רישום הזכויות לגביה או כי הסתמך על העובדה שלא נרשמה הערת אזהרה לטובת המשיב. נראה כי הדירה מעולם לא היוותה נדבך בשיקולי הבנק לתת אשראי או לגבות את החוב של כרמל, לא בעת שהיתה ברשות כרמל ולא בעת שהועברה למשיב. אי רישום הערת האזהרה לא הכשיל את הבנק בכניסתו להתקשרות עם כרמל, או בכלכול צעדיו בהמשך, עד להטלת העיקולים. מטעמים אלה מתבקש כי עמידתו של המשיב על זכויותיו כלפי המערער אינה מנוגדת לעקרון תום הלב.

24. מעבר לכך, נראה כי בנסיבות המקרה הנדון, אפילו היה המערער בעל עסקה נוגדת מאוחרת בזמן שטרם הושלמה ברישום, ספק רב אם היה מקום לשלול מהמשיב את זכות הבכורה בדירה. המשיב התגורר בדירה זמן ממושך עם משפחתו. בכך הוא נתן

ביטוי פומבי לזכויותיו בנכס, הגם שמרשם הזכויות לא שיקף זאת. המערער מכל מקום יכול היה לברר בנקל את מצב הזכויות בנכס. חובת תום הלב אינה חד כיוונית. היא אינה מצטמצמת לבעל העסקה הראשונה. היא חלה גם על בעל הזכויות המתחרות. דרישתו של המערער לשלול את זכויות המשיב בשל אי רישום הערת אזהרה אינה נראית לגיטימית, כאשר המערער נמנע מלבדוק את ההחזקה בנכס, בדיקה ממנה היה למד על זכויות המשיב (ראו דויטש, נטל הרישום, 197; השוו ע"א 552/86 קניני נ' נאסר, פ"ד מג(2) 102). הדברים נכונים ביתר שאת כאשר המדובר בבנק, מוסד פיננסי שהוא בבחינת נושה מקצועי, המודע למגבלות הרישום והוא בעל ידע וכלים לערוך בדיקות ראויות (השוו, ע"א 5893/91 טפחות בנק למשכנאות לישראל נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573; ע"א 7825/01 דאטא סיסטמס אנד סופטוור אינק. נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (טרם פורסם)).

אי לכך, הערעור נדחה. המערער ישלם למשיב הוצאות משפט ושכר טירחת עורך-דין בסך כולל של 30,000 ₪.

ה נ ש י א

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט א' ריבלין:

מצטרף אני לפסק-דינו של חברי הנשיא א' ברק. במקרה זה, עדיפותו של הקונה, שרכישתו טרם הגיעה לידי גמר, על-פני מטיל העיקול המאוחר, כפי שהותוותה בע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, בעינה עומדת, וזאת על אף שהקונה נמנע מלרשום הערת אזהרה.

בע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 עסקנו בהשלכות של אי-רישום הערת אזהרה על התחרות שבין קונה ראשון לבין קונה שני. לא נסקור את כל דברי ההלכה שנפסקו שם, ונאמר בקצרה כי חברי הנשיא בחר, באותה פרשה, לבסס את חובתו של הקונה הראשון, במקרים מסוימים, לרשום הערת אזהרה,

כתנאי למימוש עדיפותו על-פני הקונה השני מתוקף סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, על חובת תום-הלב. כך, קבע חברי כי באופן עקרוני, דורש עקרון תום-הלב כי מי שהתחייבו כלפיו לעשות עסקה במקרקעין, יעשה ככל יכולתו לרשום הערת אזהרה על דבר העסקה. באותה פרשה ביכרתי לבסס חובה זו על דיני ההשתק. היום דוברים אנו בהתנגשות אחרת, שבין קונה מוקדם לבין מי שהטיל, מאוחר יותר, עיקול על הנכס. חברי הנשיא מראה, כי לעניין יישום חובת תום-הלב, במקרים של אי-רישום הערת אזהרה, לא הרי התחרות שבין קונה ראשון לבין קונה שני, כהרי התחרות בין קונה מוקדם לבין מטיל העיקול המאוחר. קובע חברי, כי באופן עקרוני, קונה מוקדם שנמנע מרישום הערת אזהרה, אינו מפר את חובת תום-הלב כלפי מטיל עיקול מאוחר. ככלל, יפים נימוקיו של הנשיא למסקנתו זו, בשינויים המחויבים, גם ליישום דוקטרינת ההשתק, במקרה הנדון.

אשר לדבריו של חברי הנשיא בפסקה 24 לפסק-דינו, אבקש לציין כי גם לדעתי, מקום בו מחזיק הקונה הראשון במקרקעין, ושווה בהם, עשוי הדבר ליתן משנה תוקף לזכותו הקודמת, אפילו נמנע מרישום הערת אזהרה. עמד על כך חברי הנשיא עוד בפסק-הדין גנז (שס, בעמ' 407). אכן, עניין לנו כאן בבחינת הגורם שיכול, בדרך יעילה יותר, או צריך, מכוח שיקולי צדק, למנוע את התקלה המשפטית מבעוד-מועד. מקום בו מקבלת העסקה הראשונה ביטוי בחיי המציאות, לאמור, הקונה הראשון מחזיק בנכס, ואילו הקונה השני נמנע מלבדוק את מצב הנכס או עוצם עיניו למתרחש שם, יש ותינתן לכך נפקות בבחינת המאזן בין השניים. יצוין, כי סייג זה לכאורה אינו משתקף בהצעת הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (ראו סעיף 588 להצעה), ויתכן כי ראוי לתת על כך את הדעת.

מצטרף אני, אפוא, לפסק-דינו של חברי הנשיא.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, א' בטבת התשס"ה (13.12.2004).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א