

ניתן לטעון שמקרה זה אינו מעורר דילמה בין חוק לצדק, אלא במקרה זה בחרו להחיל על סעיף 9 לחוק המקרקעין, עיקרון-על של תום הלב המעוגן בחקיקה, ולכן מדובר בסך-הכל ביישום החוק הקיים ולא ביצירת כלל משפטי חדש. אני, בכל הכבוד, איני משוכנע בכוננות הטענה. אני סבור, כי תחושת הצדק שהנחתה את בית המשפט הובילה אותו לקביעת עיקרון כללי חדש, המנוגד לסעיף 9 לחוק המקרקעין ולרוחו, כפי שפורשו על-ידי הפסיקה. על כן, נאמן לגישתי זאת, פתחתי מאמר זה בתיאור המתח בין החוק לבין הצדק. בהמשך המאמר אנתח את פסק-הדין בעניין גנז, ובסיום המאמר אעלה את השגותי על הכלל המשפטי החדש שנקבע בהלכה זו.

2. כנפיו של המשפט מקוצצות, פעם על-ידי חוק הסותר את מידת הצדק, ופעם על-ידי עשיית צדק השוללת את החוק. המשפט שואף לעשות צדק, והצדק נתפס על-ידי רבים כמידה אנושית הניתנת להשגה[6]. יתרה מזאת, כעיקרון, ראוי כי תחושת הצדק תנחה את בית-המשפט בפסיקות הדין[7].

אולם כידוע המשפט אינו מושתת רק על הצדק אלא גם על החוק. יש הטוענים, כי לא קיימת דילמה אמיתית בין חוק לבין צדק, שכן השופט תמיד יסבור, כי התוצאה אליה הגיע מגלמת צדק[8]. לטעמי, המושגים "חוק" ו"צדק" הינם מושגים מנוגדים האחד לשני[9]. החוק אולי שואף לעשיית משפט צדק, אולם מטבעו וטיבו הוא מחוייב להיות שרירותי, על-מנת להתאים את הכלל המיועד למקרה הממוצע[10], וככזה לא יוכל להגשים את תפיסת הצדק המוחלט הגורסת, כי יש לקבוע את הדין על פי המקרה הקונקרטי ונסיבותיו.

3. צדק נעשה, ככלל, כאשר בוחנים את כל העובדות ונסיבות המקרה, ומשלמים לכל אחד מהמתדיינים כגמולו[11], לא פחות ולא יותר, בין לטוב ובין לרע. אמנם יש בכך מעין מעגל שוטה, כיוון שהחוק הוא הקובע מהן הזכויות והחובות של הצדדים[12]. אולם קיימת, לדעתי, הבחנה חשובה בין חוק לצדק - החוק אינו מתיימר לקבוע את האיזון בין הצדדים באופן טהור, בהתאם לנסיבותיהם האישיות בלבד. פרט לכך שהחוק מכוון למקרה הממוצע, החוק גם יוצא מנקודת הנחה, כי קיימים שיקולים נוספים, שיכולים לבוא על חשבון הצדק (של הצדדים הישירים להתדיינות). שיקולים אלה נועדו להגשים את הצדק במובנו הכללי והם מכונים שיקולי מדיניות שיפוטית כגון: יעילות וחסכון בזמן שיפוטי[13], סדר[14], עיקרון הפומביות וחשיבותו של המרשם[15], שיקולים לאומיים, ביטחוניים, "חינוך" הציבור על חשבון היחיד[16], לעיתים גם שיקולים פוליטיים שהניבו ניסוח זה או אחר של לשון החוק[17] (גם אם בית-המשפט אינו מחוייב ללשון החוק אלא לרוחו, על פי הכלל של "החוק חכם מהמחוקק"[18]), מטרת החקיקה[19], ההרמוניה החקיקתית[20], ועוד מושגים כלליים ומופשטים[21] המותירים בידי בית-המשפט את הכוח לפרש את החקיקה בהתאם לעקרונות ראויים ולהוביל לפיתרון צודק, לפחות מנקודת ראותו, במקרה הנדון בפניו[22].

4. במסגרת המטרה למנוע ריבוי התדיינות, החוק קובע לעיתים כלל הכרעה ברור, המבוסס על מידה ממוצעת של צדק או על עיקרון ראשי אחד, ומתעלם מעקרונות אחרים, וכל זאת על-מנת לחסוך בזמן שיפוטי. בכך, למעשה, החוק אינו מתיימר לקדם את חקר האמת לפרטיה, שכן קיומו של הכלל חוסך את הצורך בחקר נסיבות העניין. צדק, לעומת זאת, מחייב חיפוש אחר האמת העובדתית עד לשורשיה; הכרעה שאינה מבוססת כאמור, תיעשה על סמך נתונים חסרים, ומשכך תביא לעשיית צדק אמיתי, באופן מקרי בלבד.

5. טלו, למשל, את סעיף 9 לחוק המקרקעין. סעיף "גיליוטיני"[23] זה אינו מתיימר לעשות צדק מוחלט בין הצדדים. המחוקק ויתר על השאיפה לצדק מוחלט, והעדיף גישה של צדק יחסי בלבד לטובת פישוט הזכויות[24]. נקודת המוצא של המחוקק הינה כלל הצדק הטבעי: "כל הקודם זוכה" (QUI PRIOR EST TEMPORE POTIOR EST JURE). כלל זה הולם את צידוקי הקניין השונים - אם לא את כולם, לפחות את מרביתם - אם כי דיון בסוגייה זו חורג מגבולות רשימה זו. יש להניח שהמחוקק התכוון לכך, כי ככלל, צודק יהיה להעניק את הזכות למי שקישר את עצמו אליה בדרך זו או אחרת מוקדם יותר על פני ציר הזמן, אלא אם כן הצד השני הצליח לקיים את "שלושת תנאי הזהב": תמורה (במובן ערך מלא ומבוצע), תום לב (בתחילתו), מושג תום הלב התייחס לידיעה סובייקטיבית על זכות קודמת, אולם לנוכח פסק-דין גנז מושג תום הלב השתנה ומקבל תכנים נוספים) והשלמת הקניין ברישום סופי בפנקסי המקרקעין.

יש להניח, כי המחוקק יצא מנקודת הנחה, כי יהיו מקרים בהם שימוש בכלל הכרעה נוח זה יגרום לתחושה של חוסר צדק, אולם לאור המטרות שהוא בא להגשים, מוטב לשלם מחיר זה. באותה מידה קיימת אפשרות של כלל מוצא אחר - לא "כל הקודם ביצירת הזכות החוזית זוכה", אלא "כל הקודם



ביצירת הזכות הקניינית (דהיינו - על-ידי רישומה) זוכה" [25], וגם כלל זה ניתן להצדיק בחלק מצידוקי הקניין.

6. המתח שבין החוק לצדק (ולעיתים, במסגרת זאת - בין הפורמליזם לערכים) מתעורר במלוא עוזו כאשר מגיעים ה"מקרים הקשים". מסכים אני, בכל הכבוד, עם דברי הנשיא בדיון נוסף **כנען**, כי לא **המקרים** הם הקשים, אלא **הדין** הוא הקשה [26]. במילים אחרות, קיומם של מקרים, שבעינינו קשים (ומנוגדים לתחושת הצדק הסובייקטיבית שלנו), מעיד על הסדר חקיקתי "קשה". וגם ההפך הוא הנכון, מיעוט התדיינויות בנוגע לחוק מסוים מהווה תעודת כבוד בקשר אליו [27]. על פי מבחן זה, עלינו להשיב לשאלה - האם סעיף 9 לחוק המקרקעין מהווה "דין קשה", לנוכח ריבוי ההתדיינויות בקשר אליו. ניתן לערוך השוואה לכמות ההתדיינויות שייצרו סעיף 178(א) לפקודת החברות [28] (הנמנה עם הסדרים מהטיפוס הראשון) וסעיף 4(3) לחוק המשכון [29] (הנמנה עם הסדרים מהטיפוס השני - באפיון טיפוסים אלה ניגע בהמשך). בראי פרמטר זה [30], סעיף 9 לחוק המקרקעין בעייתי.

7. מה יעשה השופט אשר מגיע אליו "דין קשה"? יעשה אחת מן השתיים: יכפוף עצמו לדין הקשה, בין מטעמים מוסדיים [31] ובין מטעמים אחרים, או לחילופין יפרוץ גדר, שהוקמה בחקיקה ("רגילה" או שיפוטית), ויתווה כלל חדש [32] - שבעיניו הולם יותר את תחושת הצדק. אלא מאי - אם הדין החדש, שנקבע בנסיבות מקרה מסוים, מנוסח ככלל "כללי" או "מעין כללי" (כמו בעניין **גנז**), ומבלי להתייחס לכלל השיקולים שיש לשקול, הרי גם הכלל החדש הוא שרירותי באותה מידה שהיה הכלל הקודם [33]. גם כלל זה עשוי להשתנות בעתיד, לכשיגיע שוב מקרה הפוך, כאשר תחושת הצדק תחייב חזרה לכלל הקודם.

8. הואיל והכלל המשפטי הוא שרירותי ולעיתים יוצר תחושה של חוסר צדק (גם אם הוא אכן צודק), מיישמי הכלל מחוייבים, לעיתים, להתעלם במידת מה מתחושת חוסר הצדק, ו"להצדיק" (תרתני משמע) את העמידה על הכלל הנוקשה, בראייה מרחבית (דהיינו, שהכלל השרירותי מביא לצדק במרבית המקרים, מבחינה סטטיסטית, ואין מודדים אותו לפי מקרה בודד) ולא בראייה פרטיקולרית.

אם ניקח את המשפט העברי, כדוגמה, ובמסגרתו את גישתו של רבן גמליאל כבעל הגישה הפורמליסטית - הרי שהיו מקרים בהם הרב נאלץ להיות חזק ותקיף אף עם תלמידיו שלו [34], עד כדי כך, שלאחר שנהג בתקיפות עם תלמידו, רבי יהושע, תלמידו בקשו לסלקו ולמנות אחר במקומו [35].

אחת הדוגמאות להתלבטות בין עמידה על קיומו של הכלל השרירותי לבין המהות, הינה פסק-הדין בעניין **קניג נ' כהן** [36], שהגיע לדיון נוסף. בפרשת **קניג** נוצר מתח בין הכלל המשפטי הקבוע בסעיף 19 לחוק הירושה, הקובע מהן דרישות המינימום **הפורמליות** לקיומה של צוואה, לבין **מהותם** של דיני הירושה - מילוי רצונה האחרון של המצווה [37], שלא היה מוטל בספק (הדרת בעלה מעיזבונה). לא היה ספק באותו מקרה, כי הדין רע, ואכן המחוקק תיקן את חוק הירושה בעקבותיו, על-מנת למנוע הישנות תוצאה טראגית [38] כזאת. אולם בעניין **קניג** ניצח הכלל המשפטי (ברוב של שלושה שופטים מול שניים) "היבש", ולא המהות. נראה לי, כי גם שופטי הרוב הצטערו על התוצאה הקונקרטיה אליה הגיעו, אולם זו דרכה של מידת הדין.

עמידה על הדין, גישת "ייקוב הדין את ההר", גם אם תביא לעשיית צדק, יוצרת לעיתים תחושה של חוסר צדק (גם אם הדבר אינו נכון). מכאן, בהשאלה, אמרו חכמים: "אוי לנו מיום הדין" - גם אם נעשה צדק, מידת הדין קשה ואיננו יכולים לעמוד בפניה. נחשוב לרגע, כאשר פלוני דופק על השולחן ומכריז: "אני דורש שיעשה צדק", האם בדרך כלל הוא מבקש להקל או להחמיר בדין? [39] אכן, סולם הערכים שלנו אינו בנוי אך על צדק, אלא גם על ערכים נוספים, כגון נדיבות, שלום, פשרה ופתיחת דף חדש [40] - הן במישור האזרחי [41] והן במישור הפלילי [42], ועוד.

9. לעומת גישתו הפורמליסטית של רבן גמליאל, בבחינת "ייקוב הדין את ההר", קיימת הגישה ההפוכה של רב ירמיה [43]. רב ירמיה לעולם לא היה מסתפק בכלל המשפטי "היבש", אלא היה מקשה קושיות מקושיות שונות, במטרה להגיע לחקר האמת שמאחרי הכלל ולנימוק המצדיק את עצם קיומו - הוא חיפש את המהות ולא את הפורמליות [44]. ללומדי התלמוד, רב ירמיה נראה כמין "חוכם" [45] - אחד ששואל כל מיני שאלות מתחכמות, אולם ההפך הוא הנכון. רב ירמיה חיפש את



המהות ולא את הפורמליזם. הוא חיפש כלל, אולם כלל שיש מאחריו טעם והיגיון, שיהיה בו תועלת, לא רק למקרים הממוצעים המוסדרים בכלל, אלא גם למקרים הבעייתיים ביותר. לא פלא שרב ירמיה מצטט את ר' אלעזר: "אמר ר' ירמיה בשם ר' אלעזר: 'שני תלמידי חכמים המחדדין זה לזה בהלכה, הקב"ה מצליח להם'" [46].

החיסרון שבדרך זאת הינו המאמץ האדיר שהיא דורשת מן המערכת המשפטית (לרבות זו החקיקתית), כדי להביא לקביעתם של כללים צודקים ונכונים מבחינה מהותית. מלבד העובדה שחיפוש הכללים הצודקים דורש משאבים מרובים, צריך לקחת בחשבון שלעיתים החיפוש לא יגשים את מטרתו, על כל התסכול הנלווה לכך. ייתכן שמטעם זה, ואולי מתוך החשדנות הטבעית שיש לנו מפני "חכמולוגים", שאינם מתכוונים לאמיתה של הלכה, המערכת אינה מסוגלת להתמודד עם גישה זו, ומעדיפה את הפורמליזם, גם אם פורמליזם חלקי.

ואכן, סופו של רב ירמיה היה, שהוא סולק מבית המדרש, ומעשה שהיה כך היה [47]: המשנה קובעת, כי: "ניפול (גוזל שאינו מהלך בכוחות עצמו) הנמצא בתוך חמישים אמה של שובך, הרי הוא של בעל השובך. אם הוא חוץ מחמישים אמה הרי הוא של מוצאו...". מסביר רב עוקבא את הרציונל של הכלל האמור בעזרת שימוש בחזקה עובדתית, לפיה אין דרכם של ניפולים לדדות יותר מחמישים אמה.

מיד התייצב רב ירמיה ושאל: אם כך, מהו הדין, כאשר מצאו גוזל על קו הגבול - רגלו האחת בתוך החמישים אמה ורגלו השניה מחוץ לחמישים אמה. מהו הדין? משיב התלמוד: "ועל דא אפקוהו לרב ירמיה מבי מדרשא" - בגין שאלה זו הוציאו את ר' ירמיה מבית המדרש [48], כאשר התלמוד אינו מצייץ, מהי התשובה על שאלתו, ואם כלל השיבו עליה [49].

10. אם כך, מהי הדרך הנכונה - הפורמלית או המהותית, זו הקובעת כלל נוקשה, או זאת הקובעת כלל גמיש? זו הקובעת מידה שאין לסור ממנה [50], או זו הקובעת מידה מנחה, אולם נתונה גם לשינויים? אם סבורים הינכם, כי דעתו של המשפט העברי הינה, כי אין להיזקק לגישתו של רבן גמליאל, אינכם אלא טועים, שכן לבסוף הוא הושב לכס הנשיאות [51]. מאידך, אם הינכם סבורים כי חיפוש סזיפי אחר המהות אף הוא אינו מוערך במשפט העברי, אינכם אלא טועים, שכן כאשר נזקקו הלומדים למהות, במקרה דומה של "תחום אפור", שבו לא היה ביכולתו של הכלל המשפטי להושיע, והיה צורך במהות, הם פנו לקבל את עצתו של רב ירמיה, ואף החזירו אותו לבית המדרש [52].

11. על כן דומה, כי במשפט העברי, הגישה הממוצעת והגמישה (ולעיתים הגישה המביאה פשרה בין הצדדים) היא המועדפת, וכפי שנכתב במסכת סנהדרין [53] (מחד גיסא):

"... יקוב הדין את ההר, שנאמר: כי המשפט לאלקים הוא, וכן משה היה אומר: 'יקוב הדין את ההר' [54] אבל אהרן, אוהב שלום ורודף שלום, ומשים שלום בין אדם לחבירו". ואמרו חכמים: על שלושה דברים העולם קיים: על הדין, על האמת ועל השלום [55]."

ובהמשך סנהדרין, שם מצויין:

"רבי יהושע בן קרחה אומר מצוה לבצוע [56], שנאמר 'אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם' והלא במקום שיש משפט אין שלום, ובמקום שיש שלום אין משפט (?) אלא - איזהו משפט (?) שיש בו שלום; הוי אומר: זה ביצוע. וכן בדוד הוא אומר: 'ויהי דוד עושה משפט וצדקה'; והלא כל מקום שיש משפט, אין צדקה, וצדקה אין משפט (?) אלא, איזהו משפט שיש בו צדקה? הוי אומר - זה ביצוע."

למעשה, מהותם של דברי חכמים היא, שעיקרון השלום לעיתים חשוב יותר מהצדק המוחלט [57], ועל כן ראוי לעודד פשרה. עיקרון זה משפיע לעיתים על הדין המהותי, שכן ראוי שהדין יביא לשלום [58]. ואכן, הכלל בדיני ממונות בתלמוד הוא, שמקום בו לא ברור למי יש להעניק את הזכות וכפות המאזניים מעויינות, יש לחלק את הנכס בין שני הניצים [59]. יש להניח, שגם באותו מקרה בו שאל רב ירמיה, לגבי גוזל המצוי רגלו האחת בתוך חמישים אמה ורגלו השניה מחוץ לתחום, דעת חכמים היתה נוטה לחלק את הגוזל בין השניים. לא לחינם אני מזכיר נקודה זו; כפי שאציע להלן, ייתכן שבמקום לחפש את הפתרון "מתחת לפנס", דהיינו בתנועת מטוטלת של הטלת חובות על שני



קורבנות למעשה נוכלות של אחר, הפתרון צריך להיות חלוקת הנכס בין שניהם [60] - וייתכן שהוא יהיה אף צודק בראי תיאוריות אחרות [61].

12. במקרים קשים, ההתלבטות, האם "לקפוץ" לכלל חדש או לשמר את הקודם, הינה למעשה השאלה, מה עדיף - האמת או היציב [62]. האם היציבות, כשלעצמה, מצדיקה הכתרת כלל מסוים כ"אמת"? מהי "אמת" במובן זה - אמת במובן של צודק, או אמת במובן של נכון (דהיינו הכרעה המבוססת [63] על אדנים משפטיים, הגם שאינם בהכרח עולים בקנה אחד עם תחושת הצדק באופן מושלם) [64].

המעניין הוא, כי קיימים תחומים משפטיים, במסגרתם קיימים קונפליקטים בלתי פתורים, בהם המשפט נדון לתנועת מטוטלת בין שני כללי מוצא מנוגדים זה לזה. לדוגמה, בדיני התחרות, כלל אחד יגרוס, כי קיימות פעולות פורמליות, שמי שמבקש להגן על זכותו חייב לבצען, כתנאי מוקדם להגנה על זכותו מפני צדדים שלישיים, שאם לא כן זכותו לא תהיה מוגנת (להלן: "כלל ההגנה" [65]). הכלל האחר יגרוס, כי הקודם זוכה, מכיוון שהנכס שרכש שייך לו (הנכס הוא שלו - הלכת בנק אוצר החייל), גם אם לא דאג להגן על זכותו, למעט מקרים קיצוניים בהם הצד השני הצליח למלא אחר שלושת התנאים (להלן: "כלל הקדימות").

13. לשני הכללים האמורים האמת שלהם. שניהם "צודקים" במובן זה, ששניהם מגינים על צד מסוים, והסברה העומדת מאחריהם אינה מופרכת. וכך, במהלך ההיסטוריה, צופים אנו בתנועת מטוטלת בין הכלל הראשון לבין הכלל השני. על קצה המזלג אציין אבני דרך בהיסטוריה של אלף השנים האחרונות:

(1) תחילתו של המשפט האנגלי שלאחר הכיבוש הנורמני (המאה האחת-עשרה לספירה) באימוץ הפיאודליזם. הפיאודליזם תמך בקביעת כללים ברורים ונוקשים [66], טקסיות פורמלית, שבהיעדרה "לא נעשה דבר" ולא קמה זכות. מישור הזכויות נתפס על ידי דיני הסטאטוס - לא ביצעת את הפעולה הפורמלית - אינך בסטאטוס של בעל זכות. כלל נוקשה זה הביא עמו ודאות ויציבות במשפט, מחד גיסא, אולם גם לניצולו לרעה על-ידי החזקים כנגד החלשים, מאידך.

(2) על-מנת להתגבר על הנוקשות של הגישה הפיאודלית ועל העוולות שנוצרו כתוצאה מאי הכרה בזכויות אישיות במקרקעין, התפתחה משך מאות בשנים תורת הזכויות שביישר, שתחילתה בהכרה בזכויות אלה כזכויות אישיות בלבד, תוך הרחבת מעגל הכפופים לזכות זאת, באמצעות דוקטרינת הנאמנות [67], עד להכתרתה כזכות מעין-קניינית. תהליך יציאתה של הזכות שביישר מכבלים אישיים והרחבתה ההדרגתית החל במאה החמש-עשרה. תורה זו העדיפה את כלל הקדימות על פני כלל ההגנה [68].

(3) לאחר עשרות שנים בהן הכלל האמור יובא מהמשפט האנגלי ויושם במשפט הישראלי, מאס המחוקק בגישה הכללית המאופיינת בדיני היושר, והחליט לבטל את עידן הזכויות שביישר, ולחזור לדרך המלך של חובת רישום [69] כתנאי לשכלול זכות. נקודת המפנה הינה, כמובן, כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין (1 ינואר 1970) [70]. אמנם החוק כלל את סעיף 9, המגן על התחייבות שלא נרשמה, אלא שבהתאם לרוח החוק החדש והפורמלי [71], גם הפסיקה פירשה אותו בצמצום רב [72]. לדוגמה - סעיף זה אינו חל על תחרות בין בעל זכויות לבין מעקל [73]; אינו מתיימר להכניס למשפט הישראלי את המוסד של משכנתה שביישר [74], ועוד.

(4) עם השנים שוב ניכרה תנועת המטוטלת, והמשפט הישראלי נע חזרה לכיוון הכלל השני. המשפט הישראלי הכיר בזכויות שביישר של בן הזוג בדירת המגורים המשותפת (חזקת השיתוף) [75], הגם שזו לא נרשמה. עוד הכיר בית המשפט הישראלי בתחולתו של סעיף 9 לחוק המקרקעין בנושאים קרובים, על דרך אנלוגיה (לדוגמה: בתחרות בין זכותו של הבעלים המקורי, שביטל את חוזה המכר וקיימת לו זכות השבה, לבין קונה של הנכס לאחר הביטול [76]). כל זאת עד לפסק-הדין בנק אוצר החייל [77], שהחזיר אותנו, למעשה, גם עניינית וגם מושגית, ל"ימי היושר העלזים". פסק-דין בנק אוצר החייל ביטל את הלכת בוקר וקבע, כי סעיף 9 יוצר זכויות שביישר "תוצרת הארץ" [78]. פסק הדין מהווה נקודת מפנה בסוגיית כוחה ונפקותה של הזכות הנובעת מהתחייבות לעשיית עסקה במקרקעין. בעקבות פסק-הדין בעניין בנק אוצר החייל החלה סדרה חדשה של פסקי-דין, שהלכו בקו שהותווה על-ידי פסק-הדין.



כך, הלכת **בנק אוצר החייל** הוחלה לא רק על זכויות הרשומות בטאבו, אלא גם על זכויות חוזיות במקרקעין[79]; הוצע להחיל בארץ את מוסד המשכון/משכנתה שביושר גם במצבי פשיטת רגל[80], ובמהלך שנת 2002 בית-המשפט רמז ברמז עבה, כי הוא עומד להחיל את הלכת **בנק אוצר החייל** גם על תחרות בפשיטת רגל ופירוק, אלא שבאותו המקרה היתה העדפת נושים, שסייגה את הזכות שביושר[81]. אמנם, נשמעו גם קולות כנגד הסחף הנוצר מהלכת **בנק אוצר החייל**[82], אולם כיוונה ויישומה היה ברור (לפחות לכאורה).

(5) דא עקא, בתוך תנועת המטוטלת לכיוון כלל הקדימות, אירעה תנועה הפוכה לכיוון כלל ההגנה. אם במעגל החיצוני, הכיוון היה לאמץ את "דוקטרינת העסקאות הנוגדות"[83] ואת כלל הקדימות, הרי שבתוך המעגל הפנימי חלה "תנועת מחאה" של מלומדים (שזכתה להתנגדות מצד הפסיקה[84] ואף של חלק מהמלומדים[85]), שהציעה להטיל על הרוכש הראשון חובת רישום הערת אזהרה. בכך נעשה ניסיון "למשוך" את דוקטרינת העסקאות הנוגדות לכיוון כלל ההגנה[86]. למרות זאת, כאמור, הפסיקה קבעה כלל ברור, לפיו אי רישום הערת אזהרה לא ייחשב, בדרך כלל, להתרשלות המצדיקה את העדפת זכותו של הרוכש השני על פני הרוכש הראשון[87].

דא עקא, התנועה הפנימית השפיעה גם על התנועה החיצונית - העדר הצדקה פנימית לדוקטרינת העסקאות הנוגדות, תחייב נסיגה נוספת הימנה.

(6) השלב האחרון לעת עתה בתנועה בלתי פוסקת זו הינו פסק-הדין בעניין **גנז**, שינותח להלן. לדעתי, הלכת **בנק אוצר החייל** היוותה מהפיכה בשעתה[88]. דא עקא, הכלל שנקבע בפסק-הדין בעניין **גנז** ביטל רובו ככולו את הלכת **בנק אוצר החייל**, ועל כך המשך דבריי.

14. תנועת המטוטלת האמורה מעידה, ששני הכללים הינם צודקים בעיקרם, אולם משקפים צדק חלקי בלבד. אשר על כן, אין מנוס מקיומה של תנועת מטוטלת, כל עוד המחוקק לא ימצא לנכון להסדיר את הסוגייה תוך ראיית כל השיקולים כולם, ויקבע כלל המאחד את שני הכללים האמורים לכלל ממוצע ורב-גווני המתייחס למספר מצבים משתנים[89]. לכן, לדעתי, גם הלכת **גנז** לא תאריך ימים[90], ותנועת המטוטלת "תגנוז" גם אותה ביום מן הימים, בין במוקדם ובין במאוחר. אלא מה? בתוך, בין נקודת מפנה אחת לנקודת מפנה אחרת, מתמלא חלל המשפט באי-ודאות מוחלטת - דווקא אי-ודאות זאת גורמת לחוסר צדק משמעותי, יותר מכל אחד מהכללים האמורים. ואם תרצו - שאלו את הזוג **בוקר** על העוול שנעשה להם, שתוקן רק לאחר השינוי בחוק המקרקעין, בעוד שאילו על דרך מקרה עניינם היה מגיע לבית-המשפט זמן קצר קודם לכן בטרם חוקק חוק המקרקעין, ההלכה היתה מתהפכת על פיה. שאלו גם את אדון **גנז** על העוול שנגרם לו כתוצאה מהסטייה מהלכת **בנק אוצר החייל**, כאשר "על גבו" נקבעה הלכה חדשה[91].

15. במסגרת מאמר זה, אנו מצביעים על קיומה של תופעה מעניינת בדיני הקניין - תקופות בהן קיים כלל ברור, שאין עליו עוררים, ולאחר מכן קיומו של ערפל בנוגע למצב המשפטי, ההולך ומתעבה עד שמערכת המשפט מחליטה לפזרו וקובעת כלל אחר, לעיתים הפוך מהראשון, המאפשר ראייה צלולה לתקופת מה, עד לירידת הערפל מחדש וחוזר חלילה. תופעה זו כבר זכתה להתייחסות מלומדים[92] ויש הסוברים, כי זאת למעשה מהותו של המשפט בכללותו[93]. בשנים האחרונות אנו צופים בתופעה גם בתחומים נוספים, בשל השפעתו של עיקרון תום הלב, השוטף את הפסיקה והמשפט בכללותו[94].

16. כשאני מהרהר בתופעה זו, נראה לי כי תנועת המטוטלת הינה תופעה מושרשת, מעין הטיה קוגניטיבית אצל מרבית בני האדם, ואך טבעי כי תשתקף גם בעולם המשפט[95]. למרות האמור, כפי שאני רואה זאת, בדיני התחרות מדובר בתופעה ייחודית היוצרת תנודותיות מוגברת, וההתלבטות בין הכללים תמיד תהיה קשה. לא זו בלבד, ששני הכללים האמורים (כלל ההגנה וכלל הקדימות) המייצגים את הגישות השונות לדיני התחרות, שניהם צודקים, ועובדה היא שכל אחד מהם משל בכיפה בתקופה זו או אחרת, אלא שקיימת כאן נקודה נוספת ומהותית - מטבע הדברים. בית-המשפט נוטה, במהלך ההליך המשפטי ועשיית הצדק, לחפש אשם כלשהו באחד המתדיינים, אשם שיצדיק את העדפת משנהו על פניו. כוונה, רשלנות או חוסר תום לב - מהווים צידוקים להעדפת אחד הצדדים. דא עקא, במקרים של תחרות בין זכויות, רק לעיתים רחוקות קיים אשם "אמיתי" במתקשרים - האשם מיוחס בדרך כלל **לאדם שלישי**, שאינו נוגע כביכול לתחרות - המתחייב עצמו - בו האשם האמיתי, בכך שיצר שתי התחייבויות שלא יוכל למלא את שתיהן, ככתבן וכלשונו. אולם הואיל ובמסגרת התחרות בין שני הקורבנות, המתחייב (דהיינו, המוכר) פחות רלוונטי, לא נותר לנו אלא לחפש את האשם בין שני הקורבנות. גישה זו מביאה תמיד לחוסר צדק, מכיוון שדקדוקי האשם



שנדקדק איתם לעולם יהיו מחמירים מדי. קחו למשל, את החובה לרשום הערת אזהרה - מדוע לחייב אדם לרשום הערת אזהרה? הרי מדובר ברכושו! האם עלינו לחייב אותו לצפות, כי המוכר יעשה כלפיו מעשה נזק ויתחייב למכור את הנכס פעם נוספת? האם מוסרי לדרוש מאדם ולצפות ממנו, כי יזהר אנשים מפני גזילת נכסיו, באופן שבלעדי אזהרה זו נשלול את עדיפותו על נכסיו, בטרם הבעלות בהם עברה לאחרים, מהטעם של חוסר תום לב? הלזה יכולים אנו לקרוא צדק?

אבהיר מיד - יש, לדעתי, להבחין בין מצב בו אדם צריך לצפות, כחלק מהעסקה, כי אי רישום זכותו יפגע באחרים ולכן בהיעדר רישום הוא ייאבד את זכותו - אלה המקרים הקלאסיים של רישום משכון או שיעבוד. הרי הנושה יודע, כי החברה (במקרה של שיעבוד) תמשיך לנהל עסקים, ונכסיה ישמשו לפירעון חובותיה, ואם לא יישמר - הוא ייאבד את זכותו [96].

בהקשר זה, קל להסכים עם הערת האגב של השופט אנגלרד בפרשת **מיראז'** [97], לפיה האחריות הטבעית לטעויות במרשם השעבודים מוטלת, ככלל, על הנושה מהטעם שהוא "מונע הנזק" היעיל, שכן מרשם השיעבודים נועד בראש ובראשונה להגנתו הוא [98]. עם זאת, לדעתי, יש להבחין לעניין זה בין נושה לבין רוכש. לא ניתן לומר, בשום פנים ואופן, שכחלק מהסיכונים שלוקח על עצמו קונה מקרקעין, הוא צופה או צריך לצפות, כי המוכר יעשה מעשה רמייה [99] וימכור את רכושו פעם נוספת.

17. למרות כל האמור, במהלך השנים הושמעו דעות מלומדים, כי יש לקבוע כלל חדש, לפיו יחוייב הרוכש הראשון לרשום הערת אזהרה על זכותו, אם לא כן מוצדק יהיה להעדיף את השני על פניו. הדעות האמורות התבססו על אשם **נזיקי** (רשלנות הקונה מרישום הערת אזהרה). בכך הילכת **גנז** הפתיעה מאוד, הן במקור המשפטי להטלת חובת הרישום (חובת **תום הלב**) והן בהיקפה. אמנם, מיד לאחר הילכת **גנז** החלו להישמע ביקורות תומכות [100], אולם לצערי, לא אוכל להיות שותף מלא לשמחה זו. במאמר זה אנסה להסביר את הסתייגותי ממנה. את דעתי אודות ההסדר הראוי לדיני עסקאות נוגדות אשאיר לרשימה אחרת.

הלכת גנז - השאלה המשפטית

18. המקרה עוסק בתחרות בין שני צדדים (ג' ו-ד') על חלקת קרקע המצויה בבעלותה של חברה א'. חברה א' מכרה את חלקת הקרקע לחברה ב', וחברה ב' מכרה אותה, בטרם עברו הזכויות לשמה, ל-ג' ול-ד'. ג' רכש את הזכויות 17 שנה קודם למכירה השניה, אולם לא גילה עניין בקרקע ולא רשם את זכויותיו. ד' רכש את הזכויות, עיבד את הקרקע ורשם הערת אזהרה לטובתו. מי גובר על מי בתחרות זאת?

השאלה כאן הינה, למעשה, כפולה:

השאלה הראשונה: סיווג התחרות שבין ג' ל-ד'

19. ג' וד' מתחרים ביניהם על נכס, פיזי, שהינו גם זכות משפטית. האם הם מתחרים על הבעלות בזכות החוזית של ב' כלפי א', או שמא הם מתחרים על זכות האכיפה של זכותם החוזית, כלפי ב'? בהתאם לסיווג שייקבע, יחול ההסדר המיוחד לו. אפשרויות הסיווג הן כדלקמן:

אפשרות א': את זכותו החוזית כלפי א', לפיה הוא זכאי להירשם כבעלים על הנכס, המחח ב' ל-ג', ולאחר מכן פעם נוספת ל-ד'. המדובר בתחרות בין קניינים (מאטריה של תקנות שוק).

אפשרות ב': ב' לא המחח את זכויותיו ל-ג', אלא אך התחייב להעביר אליו את הזכות **הקניינית**, לכשזו תגיע אליו. מדובר בתחרות זכויות (עסקאות נוגדות).

אפשרות ג': ב' רק התחייב להעביר ל-ג' את הזכות **החוזית** שלו, אולם העברה כזו טרם הסתיימה (התחייבות להמחאת הזכות החוזית). המדובר בתחרות זכויות (עסקאות נוגדות).

השאלה השניה: הסדרת התחרות בהתאם לדין החל



20. לאחר שהכרענו מהו הסיווג החל, בעקבותיו ילך הדין (בבחינת "הלך החבל אחר הדלי" - ולכן הסיווג הוא עניין מהותי ולא רק טכני). האפשרויות הינן, באותו הסדר, כדלקמן:

(א) אם מדובר במקרה של המחאת זכויות, הרי הקניין בזכות החוזית עבר ל-ג' מיד עם ביצוע ההמחאה. למעשה, ל-ב' אין שום זכות שהוא יכול להמחות.

במצב כזה, המחאה נוספת לצד ד' יוצרת תחרות בין קניינים [101]. התוצאה הינה, שמצבו של ג' טוב בהרבה ממצבו של ד', שכן, כעיקרון, ב' אינו יכול להמחות זכות שאין לו, ו-ד' - יוכל לרכוש זכות טובה רק מכוח תקנת השוק במקרקעין - סעיף 10 לחוק המקרקעין המחייב רישום בטאבו [102]. בהיעדר רישום ממש על פי סעיף 10, ד' לא יוכל לגבור (פס"ד בעלי מקצוע נכסים נ' סונדרס, שניתן לאחורונה [103]). ומקל וחומר, אם ב' רק התחייב להמחות את זכותו החוזית ל-ד', ג' גובר עליו ללא כל קושי.

(ב) בנסיבות האפשרות השניה, יחול סעיף 9 לחוק המקרקעין הקובע את ההסדר המוכר, שיידון להלן, ואף הוא מציב בפני ד' דרישה, כי ירשום את זכותו בלשכת רישום המקרקעין.

(ג) בנסיבות האפשרות השלישית, יחול סעיף 12 לחוק המיטלטלין (יחד עם סעיף 13(א) לחוק זה); ל-ג' זכות חוזית לקבלת זכות חוזית, ו-ד' יגבר עליו אם שילם תמורה, היה תם לב והזכות הומחאה אליו בעודו תם לב (ללא צורך ברישום).

שאלת הסיווג - ההלכה עד עניין גנז

פסק דין טקסטיל ריינס

21. פסק-הדין המנחה בסוגייה זו היה **טקסטיל ריינס נ' רייך** [104]. בעניין זה דובר בהעברת זכויות הרשומות במינהל מקרקעי ישראל, אולם לא בטאבו. במסגרת זאת, וכפי שראינו לעיל, שאלת הסיווג חשובה ביותר. בית-המשפט קבע מספר פרמטרים לקביעת הסיווג, בהעדיפו את מודל המחאת הזכויות (המודל הראשון לעיל):

(א) ברירת המחדל תהיה מודל המחאת הזכויות, מכיוון שבחינת אומד דעתו של המתקשר הסביר מראה, כי ההנחה היא, שהמוכר לא התכוון לשאת בסיכון - שמי שעל שמו רשומה הבעלות בנכס לא יעביר בבוא היום את הזכויות בנכס - ולהיות אחראי לכך כלפי הקונה. לכן, בדרך כלל המוכר יבקש להסיר מעליו אחריות ולצאת מהתמונה על-ידי המחאת זכותו. אף הקונה יעדיף להסיר חוליות מקשרות בינו לבין הבעלים, ולא להיות תלוי בהם (ברצונם הטוב או בכוחם לבצע את ההעברה), אלא לצמצם את הסיכון על-ידי יצירת קשר ישיר בינו לבין הבעלים.

(ב) מודל המחאת הזכויות יחול במקרים שבהם מדובר בנכס, שלא ניתן לרשום את הזכויות בו במרשם המקרקעין [105].

(ג) קיימים פסקי-דין שבוחנים את טיב ההתחייבות בהתאם לזכות שיש למוכר. אם יש למוכר זכות חוזית בלבד, יש להניח שאותה הוא מוכר ולא התחייבות עתידית לרישום בפנקסי המקרקעין.

(ד) קשה להניח, כי הצדדים להסכם המכר התכוונו לנסח התקשרות חוזית, שלא ידוע מתי ניתן יהיה לבצעה (תמיכה במודל ההמחאה).

(ה) בודקים מהן הפעולות שהצדדים ביצעו - תשלום מלוא התמורה ומסירת החזקה בנכס - פעולות כאלה מעידות על כוונה להשלים את ביצוע ההתקשרות החוזית בהווה, עם כריתת הסכם המכר או בסמוך לאחר מכן, ולא במועד בלתי ידוע בעתיד.

(ה) בעניין **טקסטיל ריינס** בית-המשפט התייחס גם ללשון החוזה, שתמכה (באותו המקרה) באופציה של המחאה ולא באופציה של שרשרת התחייבויות.



פסק-דין נס נ' גולדה

22. מקרה נוסף שתמך במודל ההמחאה הוא עניין **נס נ' גולדה**^[106], בו נדונה שרשרת העברות של זכויות, שגם לגביה החליט בית-המשפט כי מדובר בהמחאת זכויות, למרות שתוכן החוזה היה התחייבות עתידית להעברת הקניין לכשיתאפשר. באותו המקרה, זכות הבעלות בשטח של 3,000 דונם היתה שייכת לעיריית ראשון לציון. עיריית ראשון לציון התחייבה להעביר לחברת פרספוליס את זכות הבעלות ב-100 דונם, לאחר שתבוצע חלוקה של השטח כולו. ממילא, כך קובע השופט לנדוי, לא היתה חברת פרספוליס יכולה לתת למשתכנים יותר מאשר זכות חוזית, אובליגטורית. בבוא הזמן, אחרי רישום הבית כבית משותף, החברה תוכל להעביר להם זכות קניינית בדירה, וכך לקונים מהם. העברת זכויות בין רוכשי הדירות הינה "שרשרת של העברות זכויות חוזיות, שעליהן חל חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, והרי גם חוק זה מגלם אותו עיקרון, שאין אדם יכול להעניק לזולתו יותר מאשר יש לו".

23. פסק-דין **נס נ' גולדה** מתייחס, למעשה, לקריטריון של מה **יכול** המעביר להעביר. לא בוחנים מה הוא מתחייב להעביר בעתיד, אלא מה הוא יכול להעביר כעת, וזאת מסגרת התחייבותו. גם אם בעתיד, לאחר חלוקת השטח, ניתן לרשום זכויות בעלות, בשלב הזה מדובר בזכויות חוזיות בלבד, והן המועברות.

יישום פסיקה זו על מקרה גנז

24. בחינת עובדות המקרה מראה, כי למוכרת (נוטריקון - ב' בדוגמה שלנו) לא היתה אלא זכות חוזית בלבד. לא ברור מדוע הבעלות לא הועברה על שמה, אולם עובדה היא, כי היא לא עברה, ואף הקיבוץ (ד' במקרה שלנו) לא השלים את הרישום. דהיינו, כנראה קיימת מניעה להעברת הזכויות, אולם בפסק-הדין שאלה זו לא הובררה כל צורכה, ונראה, לפחות על פי ניסוח העובדות, כי לא היתה (או לא קיימת היום) בעיה אמיתית להעברת הזכויות.

25. עוד רואים אנו, כי נקודת המוצא של בית-המשפט היא, ששולמה כל התמורה והקונה (גנז) מילא אחר כל התחייבויותיו. כך חלפה תקופה של 17 שנה.

26. אם נוסיף לכל אלה את כללי הפרשנות, כי מחזיקים אדם כמי שמעוניין לקיים את התחייבותו (זו אף אחת ממקסימות היושר: **דיני היושר מייחסים למתחייב כוונה למלא אחר התחייבותו**: equity imputes an intention to fulfill an obligation), ובהיעדר כל הסבר שהוא, מדוע חל עיכוב בהעברת הזכויות שעולה כדי הפרה יסודית, אם אכן הכוונה היתה ליצור התחייבות של נוטריקון להעביר את הזכויות בטאבו, הרי שיש להעדיף פירוש, כי כוונת הצדדים היתה מכירת (- המחאת) הזכות החוזית. במסגרת זאת, בחינת הנסיבות שתוארו בפסק-הדין מעניקה עדיפות לסברה, כי היתה כאן עסקת המחאה ולא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, וזאת למרות לשון החוזה (מאימתי לשון החוזה כה הפריעה בעת בדיקת הכוונה האמיתית?!).

אם זו התמונה, גנז היה צריך לזכות, ללא קושי רב, גם בזכות המהותית.

סוגיית הסיווג לפי הלכת גנז

27. נשיא בית-המשפט העליון, השופט ברק, החליט לסווג את העסקה לפי האפשרות השניה לעיל (סעיף 9 לחוק המקרקעין), כאשר נימוקו היחיד היה נימוק פורמלי טהור - לשונו המפורשת של החוזה. תוך כדי כך היה צריך הנשיא להתמודד עם הקריטריונים שנקבעו בפסיקה הקודמת, לדוגמה הקריטריון שבפסק-דין **נס נ' גולדה**, לפיו אין אדם מתחייב להקנות זכויות טובות מאלה שיש לו. לגבי קריטריון זה פסק הנשיא, כי אין כל מניעה להתחייב להקנות זכות במקרקעין, גם בטרם יש באפשרות המתחייב להקנות אותה. במקרה כזה המתחייב צריך לדעת, כי הוא נוטל על עצמו סיכון, כי התחייבותו לא תצא לפועל, מכיוון שלא יתאפשר לו להוציאה לפועל^[107].

28. כאמור, מפתיע, שדווקא כאן יוחסה חשיבות כה רבה ללשון החוזה ולא לנסיבות האחרות (השלמת העסקה, חלוף הזמן, ויתר הקריטריונים שנקבעו בפסיקה).

29. לאחר שהנשיא הגיע למסקנה, כי אין מדובר בהמחאת זכויות וכי עניין לנו בעסקאות נוגדות, יש לבדוק האם מדובר בתחרות לפי האפשרות השניה או האפשרות השלישית, כמפורט לעיל. הנשיא



העדיף את האפשרות השניה, מכיוון שמדובר בנכס מקרקעין. לדעתו, סעיף 12 לחוק המיטלטלין ראוי כי יחול על מיטלטלין ולא על מקרקעין. בכך נראה, לפחות לכאורה, כי אפשרות זו תרד מהפרק, לפחות בתקופה הנראית לעין.

30. באשר לסברתו של בית-המשפט המחוזי, כי אין לראות כאן התחייבות גרידא, לאור העובדה כי חלפו 17 שנים, משיב הנשיא, כי משך הזמן שחלף אינו רלוונטי וגם לא העובדה כי לא היה רצף של פעולות.

31. על מסקנה זו, כי בנסיבות המקרה חל סעיף 9 לחוק המקרקעין, לא היתה מחלוקת. במובן פורמלי זה, פסק-דין גנז ממשיך את הכיוון שניתן בעניין **בנק אוצר החייל**, לראות את סעיף 9 לחוק המקרקעין כ"דוקטרינת העסקאות הנוגדות".

הכרעה בתחרות - לפי הפסיקה הקודמת

32. גם עתה, לאחר שסיווג התחרות הוביל אותנו להכרעה לפי הכללים של סעיף 9, גם אז לכאורה ההכרעה צריכה היתה להיות לטובתו של גנז, במיוחד לאחר פסק-דין **בנק אוצר החייל**.

33. גם בעניין **בנק אוצר החייל** נדונה תחרות, כאשר הראשון בזמן היה בעל זכות חוזית שלא רשם לגביה הערת אזהרה, אלא שההבדל הוא, שהשני בזמן היה מעקל. ניתן היה באותו עניין להתגבר בקלות על המעקל, בהתאם לפסיקה קודמת. אולם בית-המשפט, בראשות הנשיא, החליט לחרוג מעבר לתחרות הספציפית ולקבוע הלכה כללית, שחשוב לצטט אותה כאן, על-מנת שנבין עד כמה הלכת גנז סוטה מהלכת **בנק אוצר החייל**. בין יתר הפסקאות הברורות בעניין זה קובע הנשיא:

"מהי המסקנה המושגית שניתן להסיק מהסדר נורמטיבי זה? המסקנה היא זו: לקונה הראשון זכות שביושר בנכס נשוא ההתחייבות למכר. יש לו אינטרס בנכס; הקונה [108] השני אינו יכול לרדת לנכס שבידי המוכר ולהיפרע ממנו. נהפוך הוא: אם הנכס מצוי בידי הקונה השני, הקונה הראשון יכול לרדת לנכס, ולטרפו ממנו. אכן, לעניין זכותו של הקונה השני, הנכס הוא "של" הקונה הראשון, גם אם הבעלות בו היא בידי המוכר. עם זאת, קניינו של הקונה הראשון אינו שלם. הוא אינו בעלים. זכותו היא "זכות שביושר" בלבד" (ההדגשות שלי, ש.ש.).

34. אמנם הועלתה על-ידי הבנק הטענה, כי אין מקום להקנות לגבי אהרונוב הגנה, באשר היא לא רשמה הערת אזהרה על זכותה, ועל כך משיבה השופטת שטרסברג-כהן בהסכמת הנשיא, כי קיימים שני מסלולים להגנה על זכותו של הקונה הראשון - מסלול אחד הוא רישום הערת אזהרה לפי סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, ומסלול שני הוא הגנה מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין, ואין האחד מוציא את השני. אי רישום הערת אזהרה, כשלעצמו, לא יכול לפגוע בזכותו של הראשון.

35. בעניין **בנק אוצר החייל** ניתן משקל מכריע לעיקרון של "הראשון זוכה" (qui prior est tempore potior est), שהוא הכלל העיקרי והמנחה בכללים המסדירים את התחרות לפי סעיף 9. על כן, לפי הדין שלפני הלכת גנז, היה הקיבוץ (ד') מחוייב להשלים את שלושת התנאים, אולם הוא לא השלים אותם. אכן, כפי שציינתי בספרי **פרקים בדיני קניין** (חלק ב') [109], גם אם לא הושלמו שלושת התנאים, קיימים מקרים, נדירים, בהם הראשון עלול לאבד את עדיפותו, אמנם לא מחמת רשלנות [110], ולא מחמת שיקולי צדק [111], אולם לדעתו של השופט חשין בעניין **בנק אוצר החייל**, ניתן לשלול את העדיפות של הקונה הראשון, במקרים של הטעיה, מירמה, חוסר תום לב, רשלנות רבתי וכדומה. מחוות דעתו של השופט חשין עולה (הוא נסמך על הדין האנגלי), כי הכוונה למעשים שנפל בהם פגם מוסרי סובייקטיבי-אקטיבי.

36. במילים אחרות, בנסיבות העניין שבפנינו, היה מחוייב ד' (הקיבוץ) להוכיח לכל הפחות, כי במעשים של ג' (גנז), וליתר דיוק - באי רישום הערת אזהרה לטובתו, נפל פגם מהותי המסתיר שיקולים הנגועים בחוסר תום לב או במירמה, כגון ניסיון להונות נושים, או ניסיון להונות את שלטונות המס, או כל פגמים חמורים כיוצא באלה, על-מנת שניתן יהיה להתגבר עליו. בהעדר הוכחה על כך, דינו של



ד' להפסיד את זכותו. ואכן, הקיבוץ העלה טענות כאלה, לדוגמה - כי העסקה עם ג' לא דווחה לשלטונות המס. אולם כפי שנראה, בית-המשפט העליון לא התייחס לטענות אלה ולא הסתמך עליהן בעת שהכריע את הדין וקבע כלל חדש.

הילכת גנז - איבוד עדיפות מחמת חוסר תום לב

37. הנשיא החליט לנקוט בעניין גנז בקו חדש לחלוטין: בעוד שהפסיקה התלבטה בשאלת השפעתה של רשלנות הקונה באי רישום הערת אזהרה (ובצדק - מכיוון שבדרך כלל, לפחות במקרים שנדונו בפסיקה, אי הרישום נובע מרשלנות ולא מניסיון להטעות), הנשיא החליט לקבוע עיקרון חדש, לפיו:

"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..."

בהימנעותו 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" (חלק מההדגשות אינו מופיע במקור - ש.ש.).

38. המצב התהפך: אם בעבר הכלל היה, ש"עקרונית" אי רישום הערת אזהרה אינו פוגע בעדיפותו של הראשון, הרי שעתה הכלל הוא, ש"עקרונית" אי רישום ההערה פוגע גם פוגע. לבעל הזכות הראשונה יש חובת תום לב אובייקטיבית כלפי הקונה השני (שאוכלי עוד לא קיים ולא יהיה קיים), ואי רישום ההערה תוך זמן סביר (ומהו זמן סביר במקרה זה? הזמן שאורכת פעולה של משלוח החוזה בדואר לטאבו?) מהווה הפרת חובת תום הלב והכשלת הקונה השני. על כן, יהיה הקונה הראשון מושתק מלעמוד על זכות הבכורה שלו לפי סעיף 9.

39. עד כאן הכלל; החריגים לכלל (מתי אי רישום הערת אזהרה אינו פוגע), כפי שפורטו על-ידי הנשיא, הינם כדלקמן:

(א) אם מדובר במקרקעין, שלא ניתן לרשום לגביהם הערת אזהרה [112];

(ב) אם הקונה התחייב שלא לרשום הערת אזהרה (לדוגמה, עד תשלום סכום מסוים בחוזה);

(ג) אם קיימות נסיבות חריגות המצדיקות זאת, לדוגמה - בני זוג אשר לא מעוניינים לפגוע בתא המשפחתי על-ידי רישום הערת אזהרה;

(ד) אם הקונה השני ממילא ידע על זכותו של הקונה הראשון ("קיוזו" חובות תום הלב).

40. עם דעתו זו של הנשיא הסכימו רוב השופטים, למעט דעת יחיד של השופטת שטרסברג-כהן, שאליה הצטרף גם השופט ריבלין, אשר צידדה בגישה המזכירה את גישתו של השופט חשין בעניין **בנק אוצר החייל**. השופטת פרוקציה הציעה גישה אחרת, מעניינת וראויה לעיון נפרד, אליה נתייחס בקצרה להלן.

השלכותיה של הילכת גנז

41. כפי שראינו, ניתן היה לפתור את פרשת גנז כמקרה פרטי של הילכת **בנק אוצר החייל**. ניתן היה ליישם את עיקרון תום הלב שנקבע כבר בפסיקה, לפיו במקום שהיה ניסיון להבריח נכסים, לאחר אי דיווח לשלטונות המס במשך 17 שנה, בנוסף להכשלת הצד השני כתוצאה מכך, זכותו של גנז נסוגה מפני זכותו של הקיבוץ. בדיוק בנקודה זו היה ניתן למצוא את אותו אשם, שבית-המשפט מחפש לצורך העדפת המתקשר השני תם-הלב. הכרעה כזאת (אד-הוק) צודקת וחיונית, במיוחד כאשר מערכת המשפט מחפשת עדיין את דרכה למציאת ההסדר הראוי. דא עקא, הכרעה לפי נסיבות העניין



חייבה בחינת ראיות ושמיעת עדויות אודות מטרת העסקה, מדוע לא נרשמה, חוקיותה וכדומה. הנשיא החליט שלא ללכת במתווה זה, הוא רצה לפרוץ דרך חדשה, לקבוע עיקרון כללי, לפיו אדם שאינו ממנה לרשום הערת אזהרה כשניתן לעשות כן, ייחשב עקרונית כחסר תום לב. בנסיבות כאלה, אין צורך (לפחות לכאורה) לחפש את עצם האשם בהתקשרות הראשונה, שכן יש לנו אשם אובייקטיבי, חילופי. הא ראייה - הועלו טענות מצד הקיבוץ, שלא נדונו ולא שימשו כגורם רלוונטי בניתוח המשפטי. בנסיבות כאלה, אם היתה תשתית להעדיף את הקיבוץ מבחינה מוסרית או מבחינת הצדק ה"טבעי" (כמובן, מבלי שאחווה את דעתי על הצדקת העדפתו של הקיבוץ), מוטב היה להשתמש בה כמקרה פרטי, בדיוק כפי שהוצע על ידי השופטת שטרסברג-כהן, למשל.

42. להלן אבהיר את הבעייתיות שאותה אני מוצא בכלל החדש שנקבע בעניין גנז, ובמתווה של פסק-הדין, למרות שחשוב לי להבהיר, כפי שהבהרתי לגבי פסק-דין **בנק אוצר החייל**, כי לא התוצאה היא הבעייתית בעיני, אלא ההנמקה וקביעת הכלל החדש.

(1) "גניזת" הלכת בנק אוצר החייל

43. משמעותה של הילכת גנז הינה ביטולו, למעשה, של הרעיון החדשני שהותווה בפסק-דין **בנק אוצר החייל**. אם בעניין **בנק אוצר החייל** נקבע, כי ישנם שני מסלולים להגנה על זכותו של הרוכש הראשון - מסלול של רישום הערת אזהרה ומסלול של זכויות שביושר, ואין האחד מוציא את השני, אזי הלכת גנז ביטלה, למעשה, את המסלול של זכויות שביושר, למעט מקרים חריגים, כמפורט לעיל [113]. המסלול של זכויות שביושר - בוטל, ומי שלא רושם הערת אזהרה לא יהיה מוגן. זכור, זאת בדיוק הטענה שהועלתה על ידי בנק אוצר החייל בעניין **בנק אוצר החייל**, בהסתמך על הלכת **בוקר**, ובית-המשפט ביטל את הלכת **בוקר** מספר התקדימים המחייבים ונצרך (לטעמי, שלא לצורך) לקבוע הלכה כה מרחיקת לכת (מתווה שלם של יצירת זכויות שביושר) כדי להתגבר על טענת הבנק. ומה עשה בית-המשפט בגנז - הוא למעשה אימץ כאן את טענת בנק אוצר החייל שם, שוב בלא צורך (כפי שציינתי לעיל, ניתן היה להכריע את הדין בהתאם להלכת **בנק אוצר החייל** על פי החריגים שצוינו בחוות דעת של השופטים חשין ודורנר שם).

(2) קעקעו של סעיף 9...

44. חיוב לרשום הערת אזהרה מקעקע את סעיף 9. על כך כבר התריעו מלומדים ופוסקים [114], ואכן כך יהיה, אם הלכה זו תכה שורש. אילו היינו מגיעים למסקנה, כי ההסדר לפי סעיף 9 אינו הוגן, או אינו מקובל, אין כל מניעה לסגת ממנו ולבטל אותו על ידי הכנסת דרישה נוספת של רישום הערת אזהרה (שאינה קיימת בו), אולם אם היגענו למסקנה, בהלכת **בנק אוצר החייל**, כי סעיף 9 ראוי להיות דוקטרינת העסקאות הנוגדות, הרי לא היה מקום לבטל אותו.

45. המעניין הוא, כי במהלך השנים הועלו מספר הצעות, הן בספרות [115] והן כאלה שהבשילו להצעות חוק, לתקן את סעיף 9 ולהוסיף במסגרתו חובה מפורשת על הקונה הראשון לרשום הערת אזהרה, כתנאי להגנתו מפני צדדים שלישיים. נסיונות אלה לא צלחו. באחת הפעמים הוגשה הצעת חוק פרטית של ח"כ נעמי בלומנטל בה הוצע על ידה ההסדר הבא: אמנם ברוב המקרים הקונים רושמים הערות אזהרה, אולם אם אדם לא רושם הערת אזהרה, והקונה השני רושם אחריו הערת אזהרה, הקונה השני יהיה עדיף. לעומת זאת, אם שניהם לא רשמו הערות אזהרה, הקונה הראשון יהיה עדיף [116]. מטעם הממשלה השיב שר המשפטים, פרופ' דוד ליבאי, כדלקמן:

"אדוני היו"ר, חברי הכנסת, הצעה ברוח זו שהועלתה כאן, הועלתה בפני ועדת הקודיפיקציה בראשותו של כבוד השופט אהרון ברק ונדחתה על-ידה. היא הועלתה בפני הוועדה להבטחת זכויות רוכשי דירות, והיא נדחתה על-ידה. אלו הן סוגיות סבוכות בדיני המקרקעין. התיקון המוצע מעניק להערת האזהרה זכות קניינית, בעוד חוק המקרקעין רואה בהערת האזהרה רק זכות אובליגטורית.

חוק המקרקעין, אשר חוקק ב-1969, ביטל את הזכויות שביושר וקבע הוראה מפורשת בסעיף 7 לחוק כדלהלן: א. עסקה במקרקעין טעונה רישום. העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום, כשעת הרישום; ב. עסקה שלא נגמרה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.



אני מתקשה להבין מה פירושו: "החל ברישום הערת אזהרה", אשר המציעה מבקשת להעניק לה זכות עדיפות. אנחנו יודעים אם יש רישום או אין רישום, ומי שלא הולך ולא רושם, הרי שאינו מגן על זכויותיו.

אם שני בא ומגן על זכויותיו, זכותו עדיפה. כל בר-בי-יודע שכך הדברים במקרקעין, ולא צריך לזעזע את שוק המקרקעין. לכן אני סבור שיש להגן על העיקרון שהרישום יתן ביטוי נכון לזהות בעלי הזכויות במקרקעין ובכך יבטיח את ההסתמכות על הרישום.^[117]

46. אם פרשת בנק אוצר החייל ודבריו של פרופ' ליבאי (שר המשפטים דאז) מייצגים את הגישה, שהמסלול של הערת אזהרה הוא מסלול הגנה אפשרי, אולם לא הכרחי^[118], באה כיום הלכת גנז וקובעת, כי במרבית המקרים בהם ניתן לרשום הערת אזהרה, רישומה הכרחי. ושוב - הביקורת אינה על התוצאה, אלא על הכלל שנקבע, בפריזמה של חובת תום לב, ובהתעלם מכלל השיקולים הנדרשים.

47. הנשיא היה מודע לטענה זו, והתייחס אליה בקצרה בפסק-הדין:

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."

48. בכל הכבוד, אין בפיסקה קצרה זו תשובה לטענה המועלית בראשיתה. פיסקה זו מסבירה את הרציונל לקביעת הכלל החדש - הוא עיקרון תום הלב, אולם אין היא מסבירה את הנימוקים לריקונו של סעיף 9 מתוכנו. במילים אחרות - לדעתו של הנשיא, מוצדק להעדיף את הכלל החדש על פני המצב הקיים, וזאת לאור עיקרון תום הלב, אך אין הוא מסביר, מדוע מוצדק לעשות כן. זאת ועוד, לדעתו של הנשיא, הכלל החדש שנקבע על-ידו אינו מרוקן את סעיף 9 מתוכנו. אמנם, כפי שמציין הנשיא, גם לפי הכלל הנקבע על-ידו, העדיפות לא תישלל במאת האחוזים של המקרים, אך כך ייעשה בשיעור קרוב מאוד. בנסיבות כאלה, ודאי שכל הרציונל העומד בבסיס הסעיף שונה, והנימוקים המופיעים במאמר זה, יוכיחו.

(3) העדפת מודל הבטלות

49. עסקאות נוגדות מוכרעות בישראל על-פי שלושה טיפוסים עיקריים של הסדרים. הטיפוס הראשון מוסדר על פי מודל הבטלות וכלל ההגנה, לפיו - "לא רשמת, לא שכללת" - בהיעדר רישום לא קמה זכות כלפי צדדים שלישיים, גם אם ידעו בפועל על הזכות הקודמת. הדוגמה הקלאסית לכך הינה שיעבוד שלא נרשם^[119]; דוגמה נוספת: העברת פטנט^[120] או שיעבוד^[121], וקיימות דוגמאות נוספות. הטיפוס השני מוסדר על פי מודל של בטלות יחסית, שאף הוא מונחה על-ידי כלל ההגנה, לפיו מי שלא רשם את זכותו מאבד את ההגנה כלפי צדדים שלישיים, אלא אם כן ידעו או היה עליהם לדעת על קיומה של ההתחייבות הקודמת. הדוגמה הקלאסית לכך הינה משכון, לפי סעיף 4(3) לחוק המשכון^[122], אולם אין זו הדוגמה היחידה^[123]. הטיפוס השלישי הוא דוקטרינת העסקאות הנוגדות, המייצגת את עיקרון הקדימות, לפיה (ולהבדיל משני המודלים הקודמים עד כה) הראשון הוא המוגן, והנטל מוטל על הצד השלישי לקיים את שלושת התנאים, בטרם ייעצר על ידי הראשון - וגם אם מילא אחר שלושת התנאים, אולם לא במצטבר, בטרם נעצר על-ידי הראשון, הראשון גובר עליו^[124].

50. מקורה של דוקטרינת העסקאות הנוגדות הוא בדיני היורש האנגליים. אולם, בשנת 1925 החליט המחוקק האנגלי, בסדרה של חוקים מהפכניים, לבטל הסדר זה ולהפוך את הסדר הזכויות במקרקעין להסדר המוכרע לפי הטיפוס הראשון. קרי, הראשון ששכלל את זכותו ברישום יהיה מוגן, גם אם ידע על קיומה של זכות קודמת שלא נרשמה. זכות חוקית או אקוויטבילית, אשר לפי החוק



קמה חובת רישום בנוגע אליה, בטלה כלפי הקונה אם לא נרשמה [125]. וחשוב להבהיר, כי ידיעתו של הקונה השני אינה רלוונטית, ובלבד שרכש את זכותו בתמורה "סתם" (אין דרישה של תמורת בת ערך) [126]. מבחינה זו, סיווגן של עסקאות במקרקעין הוסב להסדר מהטיפוס הראשון, הדומה מאוד להסדר של שיעבוד נכסי חברה. אמנם הסדר זה מוחל מאז 1925 באנגליה באופן הדרגתי, כך שהיכן שטרם הוחל, חל ההסדר הישן, אולם כיום הוא קיים ברובה של הממלכה הבריטית.

51. האם זו כוונתו של בית-המשפט כאן - לבטל את דוקטרינת העסקאות הנוגדות ולקבוע, כי הדוקטרינה הראויה הינה מודל הבטלות (המונע על-ידי רציונל ההגנה) דווקא? אם זה המצב (לפחות זאת התוצאה), הרי רק עתה מתחיל להתחוויר לנו המהפך בהילכת גנז. האם מהפך כזה לא דורש עיון וניתוח מעמיקים של כל הגורמים הרלוונטיים, ויתרה מזאת - האם הוא לא דורש התערבות של המחוקק - ולו מחמת היותו בעל השפעה מכרעת לכל אורך הקו, ועל ההסדרים שנקבעו בהסתמך על כלל זה (ודוק - לא מדובר רק בשינוי כלל, אלא בשינוי רציונל, בשינוי נקודת המבט כלפי הסדרים שונים וראייתם מחדש בראי רציונל אחר)?

חיזוק לעמדה זו ניתן למצוא בחוות דעתו של השופט אנגלרד בפרשת **מיראז'** הנ"ל. אפילו במקרה של נושה של חברה הרושם שיעבוד - מקרה המוסדר על פי כלל ההגנה והמודל הראשון - מותר השופט אנגלרד (בהסכמת הנשיא והשופטת דורנר) את מלאכת השינוי למחוקק. קל וחומר שראוי היה לעשות כן גם בענייננו, המוסדר על פי המודל השלישי וכלל הקדימות.

52. יתרה מזאת, השילוב של שינוי מודל (למודל הבטלות) תוך הכפפת זכותו של השני לקיומה של ידיעה בפועל על זכותו של הראשון (כפי שנעשה בהלכת גנז), יוצר סרח עודף (הוא גורם הידיעה) שאינו ברור מבחינה מעשית. אם העיקרון שיש להגן עליו הוא רישום והגנה על צדדים שלישיים - מה לי ידיעה של הצד השלישי (ואכן - החקיקה האנגלית שלאחר 1925 אינה מייחסת נפקות לידיעה)? ואם נקודת הכובד הינה תום הלב של המתקשר השני - מה לי רישום? הבה ונבחן את תום ליבו גם בהיעדר רישום!! ואם הכוונה היא לנסות לאזן בין חובות תום הלב של הצדדים - מודל **שאינו** קיים - הרי שהוא יוצר בעיה ראייתית קשה, שתקשה על יישומו של המודל ותפתח פתח רחב לבחינת שיקולי צדק בין הצדדים (מה שניסה בית-המשפט למנוע בעניין **ורטהיימר**).

(4) מסרים סותרים

53. הלכת גנז יוצרת מבוכה, מכיוון שהיא סותרת הלכות קודמות (המבוססות, כאמור, על רציונל שונה), ומותירה את המצב המשפטי בלתי ברור. בעקבות הלכת **בנק אוצר החייל**, המגמה השלטת היתה מתן כוח לזכות שביושר ו"שדרוגה" לזכות מעין קניינית, לא רק לאלה הרשומות בטאבו, אלא גם לגבי זכויות חוזיות במקרקעין [127], ולא רק בתחרות מול רוכש שני, אלא אף בעת פירוק גם אם לא נרשמה [128], וסברה זו התחזקה בעקבות הפסיקה האחרונה [129]. הלכת גנז הופכת לחלוטין את כל הפסיקה שהתפתחה בעקבות **בנק אוצר החייל**. וכעת, בהיעדר רישום הערת אזהרה, לא ניתן יהיה לגבור על מתחרה אחד, וקל וחומר שלא ניתן יהיה לגבור על מתחרים רבים בעת פירוק. באשר למשכון שביושר, הרעיון נפל עוד בטרם קרם עור וגידים.

54. לא זו בלבד; אם נתבונן בשלב זה בשני פסקי דין נוספים שניתנו לאחרונה - הלכת **סונדרס** [130] ודיון נוסף **כנען** [131] - הבלבול הולך וגדל, שכן בשתי הלכות אלה העדיף בית-המשפט העליון באופן ברור, בהרכב שופטים מורחב [132], את הכלל של "כל הקודם זוכה" (כלל הקדימות), למרות שהיו בידי כלים ראויים וחשובים להעדיף את המתקשר השני. בעניין **סונדרס** (תקנת השוק במקרקעין וסעיף 10) דובר על קונה שהשלים את כל שלושת התנאים, לרבות רישום והסתמכות על המרשם, אלא שתום ליבו - שאמנם היה ראוי עד **לאחר** הסתמכותו ושינוי מצבו לרעה - נפגם עובר לרישום (שבוצע לאחר מכן). במצב כזה ניתן היה לפרוץ דרך ולהעדיף את הקונה, אולם בית-המשפט העדיף בצורה ברורה יישום **דווקא** של התנאים הנדרשים מהקונה.

55. הוא הדין בדין נוסף **כנען** - הכרה בכוחו של הבעלים כראשון הביאה להטלת תנאים והצבת משוכות כבדות בפני הקונה השני, על בסיס העיקרון שיש להעדיף את הראשון (ובמקרה שלנו, את הבעלים). ניתן היה ליישם את הרציונל של הלכת גנז גם בעניין דיון נוסף **כנען**, ואלה לא יושמו. האם ממשלת ארה"ב לא חבה חובת זהירות וחובת תום לב בשמירה על נכסיה? ואם היא חבה חובה כזאת כלפי ציבור בלתי מסוים (כמו בהלכת גנז), מה היא עשתה כדי להגן על רכושה? האם באמת בדקה וחיפשה בעולם את התמונות הגנובות? אם היא התרשלה בשמירה על התמונות או התרשלה בחיפוש שלהן, הרי היא הפרה חובת תום לב כלפי הציבור, שיכול היה לקנות (ואמנם קנה) את התמונות בלא לדעת



כי יש פגם בזכות הקניין. אולם בית-המשפט כלל לא הלך בקו טיעון זה, לא מיניה ולא מקצתיה. וכאמור, אם הראשון חב חובת תום לב, יש לבדוק במצבים של אי ודאות, אם קיים אותה ומה עשה כדי להגן על רכושו - כפי שבעניין **גנז** נבדקה סוגייה זו. אולם כאמור, בפסק הדין שניתן בדיון נוסף **כנען**, כשבועיים לאחר הלכת **גנז**, סוגייה זו כלל לא עלתה על הפרק.

56. יטען הטוען, "מה עניין שמיטה להר סיני"? הרי הלכת **גנז** עסקה בתחרות זכויות, ואילו הלכות **סונדרס וכנען** עסקו בתחרות קניינים, ולכן ודאי שיש מקום להבחין ביניהן: יש להעדיף את הבעלים על פני קונה צד שלישי, מה שלא ברור לגבי תחרות בין זכויות, כאשר הקונה הראשון הוא אך בעל התחייבות? בכל הכבוד, אינני משוכנע, כי טענה זו נכונה, וזאת ממספר היבטים:

(א) בשני המקרים - **סונדרס** ודיון נוסף **כנען** - נדונו נסיבות קיצוניות, בהן התעוררה הדילמה באופן ברור ומהותי. לתוצאה בשני מקרים אלה לא היינו יכולים להגיע אלמלא רוחו וכוחו של כלל הקדימות ושל העיקרון "כל הקודם זוכה", שהוא - **ורק הוא** - הביא להעדפת הבעלים על פני הקונה. אילו הכלל המנחה היה כלל ההגנה, ומכוחו נגזרת דרישת תום לב מצד הבעלים או העדפת הקונה השני במקרים של הסתמכות בתום לב על מצג הדברים הסובייקטיבי שנגלה לעיניו, הרי בשני המקרים צריך היה לגבור הקונה. בעניין **סונדרס** ניתן היה די בקלות לקבוע הלכה, כי די בכך שתום הלב של הקונה יישמר עד לשינוי מצב לרעה, והואיל והוא מילא גם אחרי יתר התנאים (לרבות הרישום), הוא זוכה.

בעניין דיון נוסף **כנען** ניתן היה להטיל את האחריות לפתחה של המשיבה (כפי שהסברתי לעיל), תוך ציון תום ליבה של הקונה (זהבה כנען). דהיינו - מקרים אלה נדונו בפריזמה של הכלל "כל הקודם זוכה", ומכאן הוגברו החובות והנטלים שעל הקונה למלא, ולכן הוא הפסיד. אילו היתה נקודת המבט בעניין **גנז** שונה (דהיינו כלל הקדימות היה הכלל הדומיננטי), הרי לפי כל קנה מידה הוא היה צריך לזכות על פי הנסיבות שנדונו (להבדיל מאלה שנטענו, אולם לא נדונו) בפסק-הדין.

(ב) ובאשר לטענה, כי מדובר בשני סוגים שונים של תחרות, בכל הכבוד, אף טענה זו אינה מדויקת, וזאת משני נימוקים:

הנימוק הראשון: בשני המקרים, הן בעניין **כנען** והן בעניין **סונדרס**, הקונים השלימו את תהליך הרכישה, והבעלות (לכל הפחות זו הפורמלית) עברה אליהם. בעניין **סונדרס** הבעלות נרשמה על שם הקונה. בדיון נוסף **כנען** החזקה והבעלות בתמונות עברו לידי הקונה. לכן, התחרות נערכה, למעשה, בין בעלי זכויות קניין - הבעלים הראשון החזיק בזכות הקניין ההיסטורית ועליו חל הכלל "כל הקודם זוכה" ואילו על הבעלים השני חל עיקרון תקנת השוק (וביתר דיוק - הסתמכות על המרשם, במקרה הראשון, או עיקרון הסחרות, במקרה השני). לא מדובר במקרים אלה בתחרות של בעל קניין מול בעל זכות לרכישת הנכס, אלא על תחרות בין שתי זכויות שוות ובאותה דרגה: קניין מול קניין. ובמישור זה, תחרות זאת אינה שונה מתחרות בין התחייבויות חוזיות מאותה דרגה.

הנימוק השני: איני מסכים גם עם הטענה, כי במקרים אלה לבעלים המקורי היתה עדיפות מובנית, ושונה מזו של הקונה הראשון בעסקאות נוגדות, וזו העדיפות המשפטית שהביאה לתוצאה, ולא הרציונל של "כל הקודם זוכה". לקונה הראשון יש עדיפות משמעותית על פני הקונה השני. על פי הלכת **בנק אוצר החייל**, וכפי שנקבע על-ידי **הנשיא**, הזכות שביושר קמה מרגע כריתת העסקה. מהי אותה זכות שביושר? לדעתי, הזכות שביושר הינה הזכות לאכוף את ההתחייבות כלפי המוכר (מכוח דיני החוזים) וכלפי כל צד שלישי (על פי סעיף 9). לדעתי, כמו שבזכות הבעלות יכול לזכות רק אחד מבין שני מתחרים, הוא הדין גם באשר לזכות האכיפה - זו יכולה להינתן אך **ורק פעם אחת**. מי שזוכה בזכות האכיפה הוא הקונה הראשון, שכן כאמור על פי הלכת **בנק אוצר החייל**, זכות האכיפה ניתנת לו מיד עם כריתת החוזה. ואם תאמרו - הרי זכות האכיפה בפועל תהיה שייכת לקונה רק לאחר שישלם את התמורה, אענה: (1) בראש ובראשונה, גם אם זכות האכיפה ניתנת על תנאי מעת כריתת העסקה, הרי שלאחר מילוי התנאים על פי החוזה, היא מקבלת תוקף רטרואקטיבי, ולכן היא גם מוגנת כלפי צדדים שלישיים. זה הפירוש ההגיוני של הלכת **בנק אוצר החייל**, שאם לא כן הזכות שביושר היתה צריכה לקום רק לאחר שקמה זכות לאכיפה בפועל. (2) אולם מעבר לכך, התשובה מצויה בדיון ההפרה הצפויה: גם אם נאמר, כי זכות האכיפה אינה ניתנת במלואה בעת כריתת החוזה, אלא רק לאחר מילוי תנאי החוזה, הרי שגם כלפי הקונה השני היא לא ניתנת מעת כריתת החוזה שלו, אלא רק לאחר מילוי תנאי החוזה הנדרשים ממנו (לדוגמה: תשלום התמורה).



אולם כאן יש הבדל עצום בין הקונה הראשון לבין הקונה השני, שהרי **עצם כריתת ההסכם בין המוכר לבין הקונה השני מהווה הפרה צפויה של ההסכם הראשון, ולכן באופן אוטומטי מקנה לקונה הראשון את הזכות לאכיפת ההסכם כבר בנקודת זמן זאת!** על כן, הואיל וזכות האכיפה ניתנת לקונה הראשון, וזכות אכיפה יכול ותהיה רק אחת, הרי שלקונה הראשון יתרון עצום על פני הקונה השני. יתרון זה, לפי דעתי, חזק במידה רבה יותר מאשר זכות הבעלות ההיסטורית של הבעלים בתחרות בין קניינים, לאחר שהקונה המאוחר רכש את הנכס בתנאי תקנת השוק, כאשר קיימת מחלוקת לגבי קיומו של אחד התנאים (כפי שהיה בעניין **סונדרס** ובדין נוסף **כנען**). לא זו בלבד, הנשיא מתייחס לזכות האכיפה בפרשת **בנק אוצר החייל** כ"קניינו של הראשון".

57. ואם נסכם את הנקודה עליה עמדתי באריכות, הרי שבבסיס פרשיות **סונדרס** ו**כנען** עמד העיקרון של "כל הקודם זוכה" (דהיינו הטלת הנטל והסיכון על הקונה השני), ואין לדעתי רלוונטיות לסיווג התחרות (תחרות בין קניינים או תחרות בין זכויות) לאור הנימוקים שהובאו לעיל. לעומת זאת, מאחרי פרשת **גנז** עמד עיקרון אחר לחלוטין, עיקרון ההגנה, המחייב את הבעלים המקורי להגן על זכותו, אחרת היא תאבד לו (הטלת הסיכון, אחריות והנטל על הקונה הראשון), המנוגד בתכלית לעיקרון של "כל הקודם זוכה". כתוצאה מכך נוצרת אי בהירות בפסיקה, אין הלכה ברורה, אלא **צָבֵר** של הלכות סותרות. בפסיקה נקבעים כללים שונים, שאין בבסיסם רציונלה מנחה אחת, אלא רציונלות נוגדות. תופעה זו יוצרת אי ודאות, שכן לכל אחד מהצדדים יש אפשרות למצוא פסיקה התומכת בעיקרון הנוח לו, ולא ברור מאליו איזו הלכה יעדיף בית המשפט בעת היווצר הקונפליקט הבא.

(5) הפרת האיזון

58. הביקורת על הלכת **בנק אוצר החייל** [133] היתה, כי היא נתנה כוח רב מדי לזכותו של הקונה הראשון, בהפיכתה לזכות מעין קניינית (וראו חוות-דעתו של השופט חשין: סעיף 9 קובע הסדר "גיליוטיני"). אותה ביקורת צריכה להיות מושמעת כאן - הלכת **גנז** שוללת את כוחו של הראשון ומכפיפה את זכותו לחובה כללית כלפי הציבור, ברישום כמעט מיידי של הערת אזהרה, מיד לאחר כריתת העסקה. כפי שהעיקרון הקודם היה בעייתי, תנועת המטוטלת "זרקה אותנו" חזק מדי לצד השני של המתרס והורידה את הזכות שביושר (שלא נרשמה) למצב של זכות כמעט חוזית.

(6) הכפפת הקניין לתום לב: מות הקניין?

59. לאחר פסק-דין **גנז**, דיני הקניין יהיו כפופים יותר מתמיד לחובת תום הלב, ומכוחה ניתן יהיה לפגוע באופן משמעותי בזכות הקניין. עד עתה, הכלל הנוהג היה, כי כל אדם רשאי לעשות בקניינו כרצונו (כלל המתחייב ממרבית ההצדקות התיאורטיות בבסיס ההכרה בזכות הקניין), למעט כפיפותו, במקרים יוצאי דופן, לשיקולי סבירות [134], או במקרים נדירים לדוקטרינת השימוש לרעה בזכות [135], כאשר נגרם לתובע נזק, שאינו עולה על נזק של מה בכך [136].

ומכאן ואילך קבע בית-המשפט העליון חובת תום לב כלפי הציבור וכלפי רוכש שטרם רכש את המקרקעין, ולאחר שירכוש תהיה בידו אך זכות חוזית. מכוח חובת תום הלב יוכל הרוכש המאוחר לגבור על זכותו של בעל זכות שביושר. אם לבעל זכות חוזית ניתנת עדיפות מכוח עיקרון תום הלב, מדוע לא יזכה בה בעל זכות קניינית?

60. טלו, למשל, את הדוגמה הבאה, שנדונה בעניין **אליאס נ' שיפר** [137]: בעל דירה ביצע תוספת בנייה ברכוש המשותף ללא הסכמה, אולם הדבר לא הפריע לו למנוע משכנו לעשות פעולה דומה, בטענה של פגיעה בזכות הקניין שלו. בית-המשפט העליון קיבל את טענת השכן חסר תום-הלב וקבע, כי אין לערוב עילה בעילה - אין לקזז פגיעה בפגיעה:

"הסגות הגבול של המערערים בעבר ברכוש המשותף ראויות לכל גינוי, אולם אין הן יכולות לשמש הכשר למעשיהם של המשיבים."

האם אינכם סבורים, כי תורת ההשתק היתה צריכה לסייג את זכות הקניין של אליאס?

61. כיום, דומה כי ההכרעה במקרה זה קלה. אולם מה באשר למקרה הבא: פלוני הינו בעלים של דירה בקומה שלישית ואחרונה בבניין בן שש דירות. 4 דיירים אישרו לפלוני לבנות חדר על הגג, אולם



חסרה לו חתימה של שכן נוסף אחד לפחות. שכן אחד נמצא בחו"ל ועמדתו לא ידועה, ואילו השכן הנוסף מסרב לכל הצעותיו המפתות של פלוני לאשר את הבנייה, כיוון שהוא שונא לפלוני, ומעוניין כי הוא יעזוב את הבניין. בין הצעותיו, פלוני מציע לשפץ את הבניין לרווחת הדיירים, מה שיסייע גם לשכן הסרבן. פלוני מציע לשכן את השכן הסרבן בבית מלון לכל תקופת השיפוץ; כך הלאה - לכל טענה של השכן ניתנת הצעה הוגנת וסבירה מצד פלוני, אולם השכן מסרב, כאמור מטעמים "זרים". האם ניתן לפגוע בזכות הקניין שלו ולהשתיק אותו מכוח עיקרון תום הלב? מדוע חובת סולידריות קיימת רק במצב של תחרות ולא בין דיירים בבית משותף? השוו מקרה זה לפרשת [רוקר \[138\]](#) ולעמדתו של השופט אנגלרד באותה פרשה; האם לאחר הלכת [גנז](#), רואים אתם אפשרות לקבל את הגישה המובעת על-ידי השופט אנגלרד בפסק-הדין?

62. טלו מקרה נוסף שקיים בו פוטנציאל להתערבות. סעיף 21 לחוק המקרקעין מסדיר את הדין במקרה של בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת. סעיף 21 מקנה לבעל המקרקעין את זכות הבחירה, בין הוראה להרוס את המחוברים לבין האפשרות לרכוש אותם.

עתה, נניח כי פלוני מעוניין לרכוש את המחוברים ולשלם את שוויים. פלוני יודע, כי המקיים (הוא הבונה) מבקש סך של \$50,000 עבור הבנייה. פלוני, במטרה להשיג עמדה טובה יותר בהתמקחות, מסרב להצעת המקיים ודורש ממנו להרוס את המחוברים שבנה. המקיים יודע, כי אין לו ברירה אחרת והוא מסכים להפחית את המחיר למחצית. במילים אחרות, פלוני השתמש בזכות הקניינית בחוסר תום לב, לצורך שיפור עמדת המיקוח שלו. אם מכוח עיקרון תום הלב ניתן לשלול את זכותו של הקונה הראשון לאכוף את העסקה ולרשום אותה על שמו, מטעמים של חובה כלפי ציבור לא ידוע, האם לא ניתן לשלול את כוחו של הבעלים בדוגמה שלנו ולחייב אותו לרכוש את המחוברים במחיר השוק שלהם?

63. רשימת המקרים האפשריים אינה מסתיימת בזאת. טלו, למשל, את ההסדר הנוגע לחיבור וערבוב מטלטלין. סעיפים 4 ו-6 לחוק המיטלטלין קובעים הסדר קנייני, הנקי משיקולי אשם [\[139\]](#). אם פלוני ערבב או חיבר נכס מטלטלין שלו עם נכס של אחר, במצב בו הנכס שלו "תרם" מחצית משוויו של הנכס החדש - יהיו אלמוני ופלוני בעלים משותפים של הנכס החדש. אם הנכס של פלוני "תרם" את מרביתו של הנכס החדש, יהיה פלוני בעל הנכס החדש, ויצטרך לשלם לאלמוני את שווי תרומתו. הבה נניח, כי בטרם החיבור פלוני פנה לאלמוני והציע לו לרכוש ממנו את הנכס שלו. אלמוני סרב. על כן, פלוני ביצע במתכוון את הערבוב. פלוני השיג את מה שרצה - הוא השיג בעלות על הנכס של אלמוני, תמורת תשלום, כמובן, אולם בניגוד לרצונו של אלמוני. האם במקרה בו אנו מאיינים את זכות האכיפה של הקונה הראשון מחמת חוסר תום לב (במובנו האובייקטיבי ולא הסובייקטיבי), לא מוצדק יהיה לגרוס, כי אין מקום לאפשר לפלוני ליהנות מפרי עוולתו? במצב כזה ראוי לכאורה לקבוע הסדר, לפיו פלוני לא רכש זכות בעלות כלשהי בנכס החדש, ויש ליתן את זכות הקדימה לאלמוני דווקא.

64. דוגמה נוספת היא סעיף 37(א) לחוק המקרקעין הקובע, כי כל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכל עת לדרוש את פירוק השיתוף. על פי הפסיקה, זכות זאת עומדת לו, גם אם מימושה יגרום נזק לשותפו. אחד המקרים הקלאסיים בו נדונה סוגייה זו הינה עניין [רובינשטיין נ' פיין \[140\]](#). באותו המקרה נדונה חלקה המצויה באיזור תוכנית מיתאר ל', אשר היתה בתהליכי הפקדת תוכנית מיתאר. המערערות, שתי חברות קבלניות, רכשו מחצית מזכויות הבעלות בשטח האמור, ותוך כשלושה חודשים בלבד ממועד הרכישה כבר הגישו תביעה לפירוק השיתוף על דרך של מכירה. המשיבים, תמרה פיין ואחרים, בקשו בסך הכל לעכב את הפירוק עד להשלמת הליכי התכנון, שלאחר מכן ניתן יהיה למכור את המקרקעין ברווח רב. המערערות (חברת רובינשטיין) התנגדה, מטעמים מובנים [\[141\]](#). הן בית-המשפט השלום (השופט זליקסון) והן בית-המשפט המחוזי (השופט לובנברג) קבעו, כי יש מקום להמתין עד להחלת תוכנית מפורטת.

חברת רובינשטיין לא ויתרה, קיבלה רשות ערעור לבית המשפט העליון ושם נהפכה הקערה על פיה ונקבע, כי זכותה של רובינשטיין לממש את פירוק השיתוף מייד, מבלי להמתין להחלת תוכנית מפורטת. הועלתה טענה של שימוש לרעה בזכות, ובית-המשפט השיב [\[142\]](#):

"טענה אחרת היתה שיש לקרוא את ההוראות בדבר פירוק השיתוף בנתון לסעיף 14 של החוק הקובע, כי "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר". אבל גם סעיף 14 אינו ענין לכאן. תכליתו היא למנוע פעולות של בעל מקרקעין או של בעל זכות אחרת בהם, שמגמתן להציק לזולת בדרך שימוש לרעה



זכות. אין הסעיף יכול לחול על הליך משפטי על-פי פניה לבית-המשפט, שהמחוקק עצמו נתן לו גושפנקה מפורשת בחוק" (ההדגשה שלי - ש.ש.).

עמדה זו אכן שיקפה את דיני הקניין ורוחם, כפי שהיו מקובלים בשנות השבעים. אולם כיום, מכוח עיקרון תום הלב, נראה כי במקרים כאלה גם הזכות לפירוק השיתוף צריכה לקבל מימד אחר. ודוק - אין אני מדבר על שימוש בתום לב בחובת הגשת הבקשה לפירוק השיתוף ואין אני מדבר על שימוש לרעה ועל כוונת זדון. השאלה הנשאלת היא אחרת - האם לשותף יש חובה כלפי שותפו, שלא לתבוע פירוק שיתוף מקום בו הבקשה פוגעת בשותפו? שהרי אם יש חובה ערטילאית כלפי הציבור, מדוע לא תהיה חובה כלפי השותף, שלא לגרום לו נזק, גם אם אני מממש זכות שהמחוקק נתן לה גושפנקה?^[143]

65. ואם ימצא מי שיטען, שהדוגמאות מרחיקות לכת, ולא נגיע למצב שבו יתערבו בזכויות קניין באופן כה גורף מחמת חובת תום הלב, הרי שבמענה לטענה כל שנתר לי לעשות הוא להפנות את הספקן לאמרת אגב של הנשיא בדיון נוסף **כנען**. כזכור, בעניין זה התעוררה השאלה, למי שייכות תמונות שצויירו בידי הצייר ראובן: האם לממשלת ארה"ב או לגב' כנען, שרכשה אותן כנטען על פי תקנת השוק, אם כי במחיר אפסי לעומת ערכן המקורי של התמונות. המחלוקת בין הצדדים התעוררה לגבי השאלה, האם אכן התקיימו תנאי תקנת השוק. לאחר שהנשיא אימץ את חוות דעתו של השופט ת. אור, הנשיא מצא לנכון להוסיף מספר הערות, כאשר המעניינת ביניהן בהקשר לסוגייה שבפנינו, הינה הטענה הבאה:

"עמדתם של השופטים ש. לוי, י. טירקל וי. אנגלרד מעוררת בעיני שאלה שלא נדונה כלל בפנינו, והיא זו: האין לומר, כי משנדעו לקונה העובדות כהווייתן, היה עליה - מכוח עיקרון תום הלב (הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים יחד עם סעיף 61(ב) לחוק זה), להשיב התמונה לבעליה המקוריים (בשיפוי הוצאותיו)? האין לומר, כי הסתמכותה של הקונה בפרשה שלפנינו על תקנת השוק מהווה שימוש לרעה בזכות שדיני תקנת השוק מעניקים לקונה?... במקרה זה, אם מתקיימים תנאי השוק הפתוח - אשר לפי פירושם של חברי השופטים ש. לוי וטירקל מסתפקים בתמורה המוסכמת (לתמונת קיטש) ואינם בוחנים את שקילות התמורה - תהא זו התנהגות שלא בתום לב לעמוד על בעלותו בתמונה היקרה." (ההדגשות שלי).

לפי סברתו של הנשיא, הרי גם אם הקונה עמד בכל התנאים של תקנת השוק, עדיין - אם יעמוד על זכותו הקניינית המוקנית לו על פי חוק, עלולה להיות עמידה זו מנוגדת לחובת תום הלב, ומשכך יהא זה צודק ונכון לשלול את בעלותו.

66. רואים אנו, כי דיני הקניין, שמטבעם זרים לשיקולי אשם^[144], עלולים להשתנות שינוי מהותי לכל אורכם ורוחבם, אם נחיל את עיקרון תום הלב בדיני הקניין באופן המאפשר הטלת חובות צפיות מוגברות כלפי ציבור ערטילאי בלתי מסוים של אנשים ושליטת זכויות מטעם זה. אם הלכת גנז תנוצל להעמקת ההתערבות בזכויות הקניין, ייתכן שנראה את תחילת מותו של הקניין, כפי שאנו מכירים אותו היום, והפיכתו לזכות מעין חוזית, הכפופה לשיקולי תום לב וסולידריות. הרציונל של הלכת גנז - הכפפת בעל הקניין שביושר לשיקולי סולידריות עם קונים אחרים (הבאים לטרוף את הנכס מידי) - מבוסס על עיקרון חוזי.

(7) תחרות: מעקל - זכות שביושר

67. פסק-דין **בנק אוצר החייל** קבע, כי בעל זכות שביושר גובר על מעקל, גם אם בעל הזכות שביושר לא רשם הערת אזהרה. הנשיא הסיק זאת "מקל וחומר": כיוון שבעל הזכות שביושר מתגבר על בעל זכות שני, ודאי שיוכל להתגבר על מעקל, שהרי דיני העסקאות הנוגדות וסעיף 9 בכללם חלים גם על התחרות שבין קונה לבין מעקל. השופטת שטרסברג-כהן אף הוסיפה, כי ממילא המעקל אינו מסתמך על המרשם, ולכן אינו ראוי להגנתו:

"מבחינה רעיונית, אין הצדקה להעדיף את המעקל, שלו זכות דיונית בלבד ואין הוא מסתמך על הרישום לעניין מתן האשראי, על פני בעל הזכות האובליגטורית. כמו כן, יש להגן על בעל ההתחייבות האובליגטורית - "הצרכן הקטן" - בהתמודדותו אל מול נושה, שהוא לרוב מוסד כספי שעיסוקו מתן הלוואות."



68. עתה, בעקבות הלכת גנז, כאשר מרכז הכובד חזר לרישום, מדוע לא לסייג גם בנקודה זו את הלכת **בנק אוצר החייל**? אם פלוני רכש זכות, אולם לא דאג לרשום אותה או לרשום בגינה הערת אזהרה, מדוע שלא ייחשב כחסר תום לב כלפי נושה (שאינו מוסד כספי שעיסוקו במתן הלוואות, אלא - לצורך הדוגמה, אדם פרטי), אשר מסתמך על הרישום לפיו נכס מסוים שייך לחייב (המוכר). הנושה במקרה כזה לא ימהר לממש את העיקול או לבקש במהלך המשפט מינוי כונס נכסים, ולא יפעל נגד הקונה או ידאג לחפש נכסים אחרים של החייב, כיוון שסבור כי הוא מובטח על-ידי עיקולו [145], ועקב כך הוא שינה את מצבו לרעה.

מי שגרם לשינוי המצב לרעה הוא הקונה, בכך שלא רשם הערת אזהרה. עתה נשאל, מדוע תום לב זה של הקונה צריך לחול רק כנגד קונה אחר, ולא כנגד מעקל? מדוע שלא לאפשר גם למעקל להתגבר על בעל זכות שביושר בנסיבות דומות? אם הכללים הרלוונטיים הינם חשיבות הרישום והמרשם, קיומה של חובה כללית ופגיעה בזכותו של הקונה, שלא דאג להגן על זכותו וליתן לה פומבי - אם אלה הכללים, מדוע להעדיף רק קונה אחר ולא נושה?

69. אציין, כי טענה זו אינה מופרכת. באנגליה הכלל הוא, כי שיעבוד שלא נרשם, הגם שהוא בטל כלפי המפרק וכל נושה אחר בעת פירוק, הוא אינו בטל בתקופת פעילותה השוטפת של החברה והוא גובר על נושים רגילים בעת מימושו. אולם כלל זה נסוג מפני נושים מובטחים מאוחרים, וגם מפני נושה שאינו מובטח, אשר החל בהליכי הוצאה לפועל ועיקל את הנכס - בדיוק מנימוק זה של הסתמכות [146].

(8) פירות בכבודו של עיקרון תום הלב

70. נקודה נוספת אבקש להצביע במסגרת מצומצמת זאת הינה התוצאה המתחייבת מעצם העובדה, שאנו מרחיבים ללא היכר את עיקרון תום הלב, והיא פירות בכבודו של המושג "תום לב". עד היכן ניתן למתוח את המושג "חוסר תום לב"? האם עד כדי כך שיושר לב המשולב ברשלנות ייחשב כחוסר תום לב? הרי כלל קבוע מקדמת דנא הוא, כי יש להבחין הבחן היטב בין תום לב, שמשמעו יושר לב [147], ולעניין זה גם רשלנות תיחשב כפעולה במסגרת מתחם תום הלב [148], לבין חוסר תום לב, שהינו מושג נורמטיבי המשלב פגם מוסרי או לפחות חוסר יושר מכוון ברמה מינימלית (הטעיה, רצון להטעות, מחדל מכוון, היתממות וכדומה). יש להבחין בין נורמה אובייקטיבית חיצונית ראויה (שגם על נכוונתה ניטשת מחלוקת מלומדים, כפי שראינו לעיל), לבין אמונתו של האדם (שלא רשם הערת אזהרה) וכוונתו - כיצד ניתן לבוא אליו בטענות, כי הוא לא צפה מעשה נוכלות כנגדו, ולא נזהר ממנו מראש, לא עבורו, אלא עבור מתחרהו? הרי אילו היה צופה אותו, ודאי לא היה מתקשר בעסקה!

71. כלל ידוע הוא, ש"אין גוזרים על הציבור גזירה שרוב הציבור לא יוכל לעמוד בה" [149] - שכן בשלב מסוים תיווצר ריאקציה הפוכה, והרי כבר ציינו, כי המטוטלת לעולם נוע תנוע, ולעיתים תנועה בכיוון פלוני מהווה הצעד הראשון לאחור, שכן היא מביאה אותה מהר יותר לנקודת המפנה.

72. הטלת תווית של חוסר תום לב (מבחינה אובייקטיבית) גם במי שברור לנו כי היה תם לב (מבחינה סובייקטיבית), מכתימה פעולות, שמקומן לא יכירן במסגרת של חוסר תום לב. ככל שאנו "מוהלים" ביסוד תום הלב גם פעילויות שאינן מהוות "חוסר תום לב" במובנו השלילי המקורי, הפסול מעיקרו, אנו מפחיתים מכבודו ועוצמתו של עיקרון תום הלב. ייתכן גם, כי ה"כתם" של חוסר תום לב כבר לא יהווה הרתעה או אף לא יהווה הצדקה ראויה לסעדים מרחיקי לכת.

(9) גישת השופטת פרוקצ'יה

73. לקראת סיום מאמר זה הייתי מבקש להקדיש מספר מילים לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה, הנראית כמאזנת בצורה מעט יותר שקולה את הנטל של הצדדים. לפי גישת הנשיא, המתקשר השני זוכה בעדיפות, מכוח השתקת המתקשר הראשון, בלי קשר למצבו הוא בביצוע העסקה. על פי הכלל המחייב רישום הערת אזהרה, הרי בהעדר רישום הערה מפסיד הראשון את עדיפותו, גם אם השני נמצא בשלבים מקדמיים של החוזה שלו. למשל, במצב בו המתקשר השני שילם מקדמה של 25% משווי התמורה וטרם קיבל את החזקה. על פי חיתוך הזכויות כפי שנעשה על-ידי הנשיא, וברוח הלכת ורטהיימר, אין בודקים שיקולי צדק באכיפת. אין בוחנים מה מידת הנזק שתיגרם למתקשר השני אם נשלול את עדיפותו. עדיפותו של השני לא תישלל רק מכיוון שמידת הנזק שתיגרם לו פחותה מזו של הראשון (בדיוק כפי שלא שקלנו את מידת הנזק של השני בעניין ורטהיימר).



74. על רקע דברים אלה דומה, כי גישתה של השופטת פרוקצ'יה מאזנת בין הצדדים באופן מתון יותר, ולכאורה צודק יותר. לגישת השופטת פרוקצ'יה, יש להעדיף את הראשון, אולם אם השני היה תם לב, שילם תמורה בת ערך ורשם הערת אזהרה, הרי שיש להעדיף אותו. במקרים של מעין-קניין, יש לראות את השני כמי שמילא אחר שלושת התנאים גם אם העיסקה לא נגמרה ברישום. ולדברים אלה הייתי מוסיף - שלושת התנאים האמורים מגבשים שלוש דרישות עיקריות: תום לב, תמורה ופומביות.

במקרה דנן, יסוד הפומביות הושג על-ידי תפיסת חזקה, מנהג בעלים ועיבוד הקרקע ללא הפרעה, וכן רישום הערת אזהרה המגינה על הקונה השני כלפי כל העולם (למעט, במצב הדברים הרגיל לפי סעיף 9, מפני זכותו של הקונה הראשון). שלושה יסודות אלה מספקים את הפומביות הדרושה ובמקרה יוצא דופן **כזה** ניתן לומר, כי כאשר הקונה הראשון יעמוד על קיום זכותו, רק משום שהשני לא השלים את הרישום, הרי עמידה על טענה כזאת מנוגדת לחובת תום הלב ומכוחה ניתן להשתיקו.

75. ניתן לראות זאת גם באופן אחר - הקונה הראשון (גנז), לאחר שסיים למעשה את העסקה שלו, ולמרות שיכול היה לעשות כן, לא הציג אפילו סממן אחד של בעלות ופומביות - לא תפיסת חזקה (במישרין או בעקיפין), לא מנהג בעלים בכל אופן שהוא (גידור, עיבוד, שילוט וכדומה) ולא רישום ולו חלקי [150]. במקרים כאלה (כדוגמת מקרים של משכון ושעבוד) ניתן לראות את הקונה הראשון כמי שמאבד ממונו לדעתו [151], או לחילופין כמי שהפקיר את זכויותיו או לכל הפחות, כמי שנטל על עצמו במודע את הסיכון, כי אחרים ישתלטו על רכושו. במצבים כאלה, אין מקום שהמשפט יגן עליו לאחר שאדם אחר השלים את כל הדרישות האמורות של תמורה, תום לב, שינוי מצב לרעה ומתן פומבי לזכויותיו. במצבים כאלה גם אני סבור, כי מי שהשלים את כל התנאים ונתן פומבי לזכותו על-ידי תפיסת חזקה ומנהג בעלים, די יהיה בכך שרשם הערת אזהרה. ראוי, כי הערת האזהרה תגן עליו, באופן שהוא יהיה רשאי לדרוש את המשך מימוש ההתחייבות ורישום הזכות הקניינית המלאה על שמו, ובתנאים **כאלה** הקונה הראשון יהיה מושקף מלהפריע לו לעשות כן. אמנם בעולם פורמלי יש מקום מצומצם ביותר לגישה כזאת [152], אולם הפורמליזם של היום כבר אינו מהווה משוכה בלתי ניתנת לדילוג, אם מבחינה מהותית גישה זו ראויה.

הבעייתיות בגישתה של השופטת פרוקצ'יה הינה נסיגתו לאחור של עיקרון הפומביות והרישום. אולם אין זו בעיה רק בגישתה של השופטת פרוקצ'יה אלא גם בגישה של הנשיא עצמו. נקודת המוצא של המחוקק הינה רצונו לעודד את הרישום **הסופי והמלא** בפנקסי המקרקעין. על מנת לכוון התנהגות זאת, המחוקק קובע, למעשה, שתי הוראות: האחת, **שלילית** באופייה, לפיה הוא **שולל** זכויות קנייניות מעסקה שלא נרשמה (סעיף 7 לחוק), והשנייה, **חיובית** באופייה, **מעניקה** זכויות עדיפות לעסקה שנרשמה במקרקעין מוסדרים, תוך הסתמכות על המרשם (סעיף 10 לחוק), וזאת בניגוד לכלל הבסיסי בדיני קניין, לפיו אין אדם יכול להקנות יותר משיש לו עצמו. במילים אחרות, ברצותו לעודד את המרשם, המחוקק מתחייב על אמינותו של המרשם, מעניק ביטוח לזכות הקניין הרשומה ולקוח על עצמו את האחריות הנוזקית במקרה של טעות במרשם [153].

מכאן, שהן גישתו של הנשיא והן גישתה של השופטת פרוקצ'יה עלולות לפגוע בעיקרון זה. למעשה, נוצר מצב מעניין, לפיו הכלל שטבע הנשיא ושנועד לקדם את עיקרון הפומביות, פוגע בו. נבהיר את הדברים. כאשר המחוקק מעניק לפלוני עדיפות מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין, אולם מבטל את עדיפותו בפני מי שיבצע רישום סופי, הוא נותן תמריץ לשני הצדדים לבצע את הרישום הסופי מהר ככל האפשר. מחד גיסא, המחוקק פוטר את הקונה מחובת רישום הערת אזהרה ומקנה לו עדיפות מכוח סעיף 9. אולם מאידך, הקונה אינו יודע אם הוא הראשון או שמא מישהו כבר הקדים אותו. במצב כזה, נוצר תמריץ לקונה לבצע את הרישום מהר ככל האפשר, על מנת לחסות בצילה של ההגנה שמקנה לו סעיף 9. כפי שצינתי במקום אחר [154] - מבחינה זו תואמת הלכת **בנק אוצר החייל** את עיקרון הפומביות. עתה, אם הלכת **גנז** מחייבת רישום הערת אזהרה, מחד, ואם המחוקק מקנה הגנה מעין-קניינית לרישומה של הערת אזהרה (סעיפים 127+9(ב) לחוק המקרקעין), הרי שהחלשנו את התמריץ לסיים את העסקה ברישום. שכן, לא רק שרישום הערת אזהרה יגן על הקונה מפני עסקאות **מאחרות** (על פי הסעיפים הנ"ל) אולם גם מפני רוב רובן של העסקאות **הקודמות** (לנוכח הלכת **גנז**). מבחינת המחוקק, החיסרון הוא שלצורך רישום הערת אזהרה אין צורך באישור הרשויות, שנדרש בביצוע הרישום של זכות הקניין.

הוא הדין באשר לגישתה של השופטת פרוקצ'יה - במקרים בהם ניתן לבצע רישום סופי של זכות הקניין, כמו במקרה **גנז**, הרי שרישומה של הערת אזהרה על-ידי הצד השלישי ייתר מבחינתו את הצורך בביצוע הרישום הסופי. כך או כך, עיקרון הפומביות עלול להיחלש.



שוב אנו חוזרים לאופיים ה"מביד" של המקרים האמורים, בהם כל נימוק מהווה חרב פיפיות. כפי שהלכת **בנק אוצר החייל** פגעה בעיקרון הפומביות מחד, ומאידך חזקה אותו, דברים דומים, אם כי אולי בעוצמה שונה [155], ניתן לומר גם על הלכת **גנז**. בעיני, היה ראוי לשקול שיקול זה בפסק-הדין עצמו, בנוסף ליתר הנקודות שפירטנו לעיל, במאזן הרווח וההפסד של קביעתו של כלל חדש זה.

ומה הלאה?

76. הלכת **גנז** מעוררת דילמות בין חוק לבין צדק, בין כללים לבין שבירתם ויצירת כללים חדשים, בין רציונלות והחלתן. לעניות דעתי, הלכת **גנז** לא תעמוד במבחן הזמן ולא תחלוף תקופה ארוכה בטרם הפסיקה תחל לסייג (או לאבחן) את הכלל שנקבע בעניין **גנז** - לא מכיוון שההכרעה לגופו של עניין באותו מקרה אינה מוצדקת, אלא מכיוון שהכלל שנקבע בה מרחיק לכת. כפי שהכלל שנקבע בעניין **בנק אוצר החייל** לא עמד במבחן הזמן (והלכת **גנז** היא הראיה לכך), כך גם הלכת **גנז** לא תוכל לעמוד במבחן הזמן, מכיוון שיש לה השלכות אפשריות מעבר לדיני התחרות.

77. מבחינה זו עדיפה בעיני חוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן, ששמרה על הקו השמרני של הפסיקה ונתנה איזון עדין יותר (שהביא לאותה תוצאה) לפיו, ככלל, יש לשמר את עדיפותו של הראשון - גם אם לא עשה כל שביכולתו לרשום הערת אזהרה מהר ככל האפשר, ואי רישום הערת אזהרה, ככלל, לא ייחשב כהפרת חובת תום הלב. אולם בנסיבות מחשידות, כמו במקרה שלנו, מן הראוי להעביר את הנטל למתקשר הראשון, שיסביר מדוע הוא לא הגן על זכותו, לכל הפחות על-ידי רישום הערת אזהרה על שמו. בהעדר הסבר ראוי, ובנסיבות מיוחדות כמו במקרה דנן, יש להעדיף את המתקשר השני. קו זה מסתדר היטב גם עם הלכת **בנק אוצר החייל**. נזכיר, כי השופטת שטרסברג-כהן נקטה קו מעודן גם בעניין **בנק אוצר החייל** (הדבר לא הפריע לה להגיע לתוצאה הצודקת), וגישתה בעניין **בנק אוצר החייל** היא, למעשה, היחידה שלא נפגעה (או נפגעה באופן מינימלי) בעקבות עניין **גנז**.

78. ההלכות שניתנו בשנים האחרונות בדיני קניין, שנוסחו על-ידי הנשיא, נוסחו באופן הקובע כללים ברורים ולעיתים מעט קיצוניים. כך לא רק בעניין **בנק אוצר החייל** ובעניין **גנז**, אלא גם בעניין **אובזילר** [156]. כבר היבעתי דעתי [157], כי גם הלכת **אובזילר** תסוייג משמעותית, לכשיגיע המקרה המתאים - ולו מחמת עיקרון תום הלב...

79. נכון להיום, הלכת **בנק אוצר החייל** צומצמה למימדים של תחרות בין מעקל לבין קונה, וזכויות שביושר תהיינה בנות הגנה (למעט מקרים חריגים) רק לאחר רישום הערת אזהרה. אולם מעבר להשלכות של דיני התחרות, להתערבות הגורפת של עיקרון תום הלב בדיני הקניין תהיינה השלכות משמעותיות. כפי שצינו, ההכרעה בפרשת **גנז** אינה רק הכרעה לגופה, ואינה רק קביעת כלל חדש, אלא העברת המטוטלת מרציונל של "כל הקודם זוכה" לרציונל של "יזוהר הקונה ויגן על זכותו" - ומקום בו משנים את הרציונל, תגובת השרשרת לא תאחר לבוא.

80. דיברנו על הקשר בין הצדק לבין דיני התחרות. למרות שבית-המשפט נמנע בתחילה מלדון בשיקולי צדק (פרשת **ורטהיימר**), הרי בפרשת **כנען** נדונו שיקולי צדק כדבר המובן מאליו [158]. לאחר פסק-דין זה נראה לי, כי שיקולי הצדק, באמצעות צינור תום הלב, יחדרו לדיני העסקאות הנוגדות ולא ניתן יהיה להתעלם מהם יותר, לפחות לא בתקופה הקרובה.

81. לסיום, אשוב ואצביע על מספר נקודות שהעליתי במאמר זה, בין אם דנתי בהן באריכות ובין אם יש להקדיש להן רשימה נפרדת:

(א) הצורך לבדוק פעם נוספת, האם הכלל של "אחד זוכה והשני בוכה" תמיד ישים בדיני התחרות, או שמא יש מקום גם לשקול "יחלוקו" במידה זו או אחרת, במקרים הקשים.

(ב) הצורך בעיון מחודש בזכות האכיפה החוזית כמקנה את הזכות שביושר, והאם יש מקום להכיר בה כזכות קניין [159], אם לאו.

(ג) בהמשך לגישת השופטת פרוקצ'יה, הצורך בעיון מחדש בשאלה, האם שלושת התנאים הנדרשים מהמתקשר השני הינם תנאי "ברזל", או שמא ניתן להחליף את דרישת הרישום המלא בהערת אזהרה בצירוף תפיסת חזקה ומינהג בעלים, לפחות כדרישת מינימום הנותנת כוח למתקשר השני להשלים את העסקה ללא הפרעה. ראוי לדון בשאלה זו גם בעקבות פרשת **סונדרס**.



(ד) הצורך בשינוי דיני התחרות בחקיקה, לאחר בחינה של כל השיקולים הנדרשים: דיני תום הלב, שיקולי מיקרו ומאקרו, צידוקי הקניין, חיזוק המסחר, פומביות, הגנה על זכות האכיפה [160] (הואיל ומדובר בזכות חוזית - יש לדון בהיבטים החוזיים העולים ממנה) [161], מניעת התעשרות בלתי הוגנת, החזקה (פוזיטיב) ונפקותה, שיקולים קודיפיקטיביים [162], והרשימה עוד ארוכה. ייתכן שבסופו של התהליך נגיע להסדר הדומה להסדר המוצע על-ידי הנשיא בפסק-דינו ושל יתר המלומדים שדגלו בהטלת חובה עקרונית של רישום הערת אזהרה, אולם מסקנה זו צריכה להיות מעוגנת בכלל השיקולים כאמור לעיל.

82. על-מנת לחזור לנקודת הפתיחה, אסיים בסיפור קצר ונאה, מפרי עטו של הסופר ש"י עגנון [163]: מעשה בטבעת [164] מיוחדת, שהופכת את מי שעונד אותה לרואה ואינו נראה, שרכש חתן [165] לבחירת ליבו [166]. בעת החופה ענד את הטבעת על אצבעה, והכלה נעלמה; נבהלו כולם עד שהורדה הטבעת מעל אצבעה, והנה חזרה. לקח החתן ושם את הטבעת על אצבעו, והנה נעלם. נבהלו כולם, עד שנפלה הטבעת מידו של החתן, הוא חזר וכולם נרגעו. לקח הרב [167] את הטבעת, ונעלם יחד אתה, ורק קולו המשיך להישמע... סיפור זה נקרא "מעשה שאין לו סוף", וד"ל.

* מאמר זה מבוסס על ביקורת שנכתבה בגיליון מס' 23 של **חדשות עין משפט**, בסמוך לאחר פרסום פסק-הדין שניתן ביום 5.2.2003.

** מוסמך במשפטים (אוניברסיטת תל-אביב, 1996) ותלמיד מחקר באוניברסיטת בר אילן לתואר שלישי, מתרגל בדיני קניין ובדיני חברות במכללת "שערי משפט".

[1] אין זו טעות דפוס - רמב"ן מסביר, כי **קין** לשון **קניין**. כביכול מסבירה חוה, כי לעומת כל הדברים שבעולם, שאינם שייכים לה כיוון שלא טרחה עבורם, קין שונה, ולכן רק הוא מהווה את הקניין האמיתי שלה.

[2] וילהלם גוטפריד לייבניץ (1646-1716) הינו פילוסוף גרמני ידוע, שעסק במתמטיקה, פיזיקה, מטפיזיקה, תורת ההיגיון וגם במשפט. עבודת הדוקטורט שלו עסקה במשפט, והוגשה לאוניברסיטת אלטדורף בהיותו בן 20 שנה. על שמו רשומה המצאה של מכונת חישוב משוכללת לתקופתו, וכן תרומה נכבדה לפיתוח החשבון האינפיניטסימלי. למרות זאת, ואולי כרבים אחרים, ההערכה העיקרית להגותו ולפועלו והדיון סביבם נעשו לאחר מותו.

[3] ח. בן מנחם, "לייבניץ על מקרים קשים", **ספר זיכרון לגד טדסקי** (המכון למקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשנ"ו-1995) 55, 59.

[4] ראו ח. בן מנחם, **שם**, עמ' 61.

[5] גם השאלה, מהו החוק, אינה ברורה - ראו פסקאות 31-21 **להלן**, באשר לסוגיית הסיווג.

[6] ראו, לעניין זה: שולמית אלמוג, **עיר משפט וסיפור - מקום המשפט בעיר ומלואה של ש"י עגנון** (שוקן, תשס"ב-2002) 89-91.

[7] ראו, לעניין זה התייחסותו של כבי הנשיא (ברק) בפרשת **כנען**: דנ"א 2568/97 **כנען נ' ממשלת ארה"ב**, ניתן ביום 20.2.2003. (לא פורסם) (להלן: "דין נוסף **כנען**"). בסיום חוות דעתו מצייין הנשיא דברים אלה: "ידועה האימרה, כי מקרים קשים מביאים לדין רע. כשלעצמי, סבור אני, כי האימרה צריכה להיות, כי "דין רע מביא למקרים הקשים". תפקידנו כשופטים הינו לגרום לכך, כי במסגרת האפשרויות החוקיות העומדות לרשותנו, מקרה קשה יביא לדין טוב. נראה לי כי דין זה מצוי בפסק דינו של חברי, השופט אור. נקודת המוצא שלי - כמו גם נקודת הסיום שלי - היתה השאיפה לפתרון צודק. איני סבור כי צודק הוא להשאיר התמונה בידיה של גבי כנען. אני סבור כי הצדק דורש כי התמונה תוחזר לבעליה המקוריים. כך גם הדין. המקרה הקשה הופך למקרה קל". לניתוח של פסק הדין ראה: ש. שגב, "easy comes easy goes", **חדשות עין משפט** 26 (מרץ 2003).

[8] חיים ה. כהן, "על עינויי סדרי הדין", **ספר יובל לפנחס רוזן** בעריכת חיים כהן (מפעל השכפול, תשכ"ב-1962) 278.

[9] אם כי הניגוד אינו בהכרח תמיד קוטבי.

[10] ראו לעניין זה את חוות דעתו של השופט חשין בדין נוסף **כנען**, לפיה "תקנת השוק" לפי סעיף 34 לחוק המכר, נועדה להסדיר את המקרה הממוצע, ולא מקרה נדיר כדוגמת זה של הגב' כנען.

[11] ראו גם: "פילוסופיה של הצדק לפי המשפט העברי", בגיליון מס' 20 של **חדשות עין משפט**.

[12] ולכן לכאורה הוא המגדיר את גבולות הצדק - ומכאן שהצדק מוגדר על ידי החוק.

[13] קביעת כלל הכרעה ברור תיצור ודאות במשפט, ותימנע משפטים ארוכים ותביא לצדק מהיר יותר, שכידוע - עינוי דין מוביל לעיוות דין.

[14] י. זוסמן, "כאשר אין יודעים "צדק" מהו, יש להעדיף סדר", **סוגיות במשפט** (ארגון מסיימי האוניברסיטה העברית, תשכ"ו-1966) 9.

[15] ראו למשל: מ. דויטש, "פומביות הקניין, חופש הקניין ותאימות השיטה - הצורך במודל וקווים לעיצובו", **משפטים** כג (תשנ"ד) 257.

[16] אמת המידה של האדם הסביר, כנורמת התנהגות ראויה. לדוגמה, מתן תמריץ לרישום הערת אזהרה יכול להביא לקיומו של מרשם מדויק ולמנוע "תאונות משפטיות" ודילמות משפטיות, שיביאו בהכרח להפסד גדול של אחד המתדיינים, ועל כן הוא צודק יותר.

[17] למרות הבעייתיות שבכך, ניתן אולי לטעון, כי מאחורי כוח פוליטי המצליח לחוקק חוקים, קיימת קבוצה, שחוקים אלה נועדו להסדיר את רווחתה ושאיפותיה, מכאן שהיא מביאה לצדק חברתי.



- [18] בג"צ 693/91 ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749; א. ברק, "עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט", ספר ויסמן (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, תשס"ב-2002) 1, 8.
- [19] ראו, למשל את הפסיקה בפרשת מיכל אפרת, לעיל: "תכלית החקיקה הן המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים אשר דבר החקיקה נועד להגשים. תכלית החקיקה הוא מושג נורמטיבי".
- [20] ראו למשל: ע"א 3213/97 נקר ואח' נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה: "ההנחה הבסיסית צריכה להיות, כי יש לקיים הרמוניה חקיקתית, באופן שהפירוש שיינתן לדבר חקיקה יישזר נאמנה עם רקמת החקיקה ויהא לגוף אחד, שלם, עמה".
- [21] כגון: קוהרנטיות: ראו למשל: בג"צ 1000/92 חוה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221: "משפטה של מדינה שואף לשלמות. הוא מבקש להשיג קוהרנטיות נורמטיבית. שיטת משפט אינה קונפדרציה של שיטות נפרדות, הקשורות בקשר פורמלי דק. שיטת משפט היא אחדות, המכירה בשונות ובייחוד של מרכיביה השונים".
- [22] מעניין כיצד נתייחס לסעיפי חוק, כדוגמת סעיף 30(ב) לחוק המקרקעין, העוסק בקביעת רוב השותפים בענייני שימוש וניהול רגילים של המקרקעין המשותפים - "שותף הרואה עצמו מקופח מקביעה לפי סעיף קטן (א), רשאי לפנות לבית-המשפט בבקשת הוראות, ובית-המשפט יחליט כפי שרואה לו צורך ויעיל בנסיבות העניין". האם סעיף זה מגשים את הצדק המוחלט? לכאורה כן, בכך שאין כלל המגביל או התוחם את שיקול דעתו של בית-המשפט מעשיית צדק. מאידך, יהיו מי שיאמרו, כי סעיף זה לא נועד להגשים את הצדק, אלא נוסח כך, כיוון שהמחוקק לא מצא הסדר טוב יותר בנסיבות העניין. יאמרו אלה, כי סעיף זה אינו מגשים את הצדק המוחלט, אלא את הצדק של אותו שופט הדין. ייתכן שתחושת הצדק של שופט אחר תנחה אותו למסקנה אחרת, ובנסיבות כאלה הותרת שיקול דעת מוחלט לבית-המשפט תגרום תוצאה בלתי צודקת, בראייה מרחבית של ההחלטות; כמו שמציין ד"ר זוסמן במאמרו, הערה 14 לעיל, בעמ' 9 כדלקמן: "אם יש ברצוננו לתת חרות מוחלטת לשופט, שיוכל לעשות את הישר בעיניו ללא רדן שבסדרי הדין, הרי לא רק שניצור אנדרמוסיה, אלא בעלי הדין יהיו נתונים בחזקת סכנה של שרירות לב, יהיו בכך סיכון, שמה שיעשה במשפט יהיה תלוי באישיותו של השופט היושב בדין... לכן באה הפרוצידורה להגביל ולצמצם את השופט, הבא לחרוץ משפטו של אדם, ולנהוג לפי קנה מידה אחיד, עומד וקבוע, שנקבע מראש וידוע מראש לכל".
- [23] הכינוי ניתן על ידי השופט חשין בע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' מזל אהרונב, פ"ד נג(4) 199 (להלן: "בנק אוצר החייל").
- [24] ל. דוכן-לנדוי: "בשולי החקיקה: חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 ממבט ראשון", הפרקליט כו (תשל"ל) 101, 108-109, 113-114.
25. כפי שמקובל באנגליה לאחר הרפורמה משנת 1925.
- [26] ראו הערה 7 לעיל.
- [27] י. זוסמן, "ספרות חדשה: י. ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967", הפרקליט ל (תשל"ו) 169.
- [28] פקודת החברות (נוסח חדש), תשמ"ג-1983, נ"ח עמ' 761 (להלן: "פקודת החברות").
- [29] חוק המשכון, תשכ"ז-1967, ס"ח 496, תשכ"ז, עמ' 48 (להלן: "חוק המשכון").
- [30] מבלי שאתייחס למידת הרלוונטיות שלו או המשקל שיש ליתן לו במסגרת החיפוש אחר "כלל הזהב".
- [31] לדוגמה - מחמת עיקרון התקדים המחייב, שבסעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה.
- [32] פריצת דרך הינה, כידוע, פררוגטיבה השמורה למלכים: ראו, למשל, פסחים דף קי עמ' א: "מלכא מאי דבעי עביד, שהמלך פורץ גדר לעשות לו דרך ואין מוחין בידיו" (המלך עושה מה שהוא רוצה - פורץ גדר לעשות דרך, ואין מוחין בידו), אולם לא לפשוטי העם: "פופרץ גדר ישכנו נחש" (קהלת י, ח).
- [33] כמו שהכלל - "כל הקודם זוכה", הוא שרירותי, כך גם הכלל - "מי שלא עושה כל שביכולתו לרשום הערת אזהרה, עלול עקרונית להפסיד את זכותו", שרירותי במידה לא פחותה מהראשון, למרות שיש בו סייגים פנימיים, שכן הוא מקנה את העדיפות ומגן עליה בהתאם לשאלה הפורמלית של הרישום.
- [34] אזכיר כאן שתי דוגמאות מאלפות, אם כי על-מנת שלא להאריך ולסטות מתחום מאמר זה, לא אוכל לדון בהן: הראשון מבחינה כרונוולוגית: מסכת ראש השנה, דף כד עמ' ב ואילך, בעניין עדות שקיבל רבן גמליאל משני עדים לענין קידוש החודש, בעוד שר' דוסא בן הרכינס סבר שהם עדי שקר, ור' יהושע הסכים עמו. השני: מסכת ברכות, דף כז עמ' ב, מעשה בשאלה שנשאל רבי יהושע: "תפילת ערבית, רשות או חובה".
- [35] ברכות, שם.
- [36] ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701.
- [37] הדילמה בין חופש הרצון לבין הכלל המשפטי הכופה אופיינית לדילמות בין חוק לצדק, שכן כיבוד רצונו של אדם, וכיבוד הסכמים וחופש הרצון, נחשבים ככללי צדק טבעי. ראו גם למשל הדילמה שעלתה בפרשת נחמני המפורסמת: דני"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, והתייחסות ש. אלמוג (הערה 6 לעיל) אליה בפרספקטיבה של הצדק.
- [38] אחת הסיבות לטרגדיה הינה העובדה, כי המת אינו יכול לחזור אל החיים ולתקן את הטעות הפורמלית שעשה, ואילו בית-המשפט אינו מוצא דרך לסייע לו, בבחינת מצוות גמילות חסדים של אמת עם המת.
- [39] לפחות לדעתי, בדרך כלל גישה כזאת מתארת דרישה להחמרת הדין עם הצד השני, כאשר ה"צידוק" להחמרה הוא בעצם עמידה על הוצאת הצדק לאור.
- [40] עיקרון זה קיים גם במשפט העברי, לא רק בדיני שמיים, אלא גם במשפט שבין אדם לחברו. דוגמה יפה לכך ניתנת בהלכות גזילה: לפי דין תורה, אם אדם גול קורה מחברו, ושם אותה בקיר הבניין שבנה, מחוייב הוא לסתור את הבניין ולהשיב את הקורה לחברו. אלא באו הז"ל ותקנו את תקנת השבים, ואפשרו למי שרוצה בכך, לשלם את שווי הקורה במקום להשיב את הקורה עצמה - תלמוד, מסכת גיטין דף נה עמ' א', מסכת סוכה, דף ל"א עמ' א; וכך נפסק להלכה.
- [41] דיני פשיטת הרגל ו"משפחתם" (למשל - שיקום חברות), ועוד.
- [42] חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981.
- [43] מאמוראי ארץ ישראל, שייך לדור הרביעי ראה: מ. אלון, המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, חלק ב' (מאגנס, מהדורה שלישית, תשמ"ח) 891.
- [44] אחת הדוגמאות החביבות במישור זה הינה במישור דיני השבת אבידה: שואלת המשנה (בבא מציעא, פרק שני משנה ראשונה): "אלו מציעות שלו, ואלו חייב להכריז?" והתשובה: "מצא פירות מפוזרים... הרי אלו שלו" (דהיינו - לא חייב להכריז עליהם והם שלו). שואל על כך התלמוד: "מצא פירות מפוזרים - וכמה?" (דהיינו באיזה אופן מפוזרים) ומשיבה: "קב בארבע אמות", דהיינו מידה מסוימת של קב, על פני ארבע אמות (2 מ"ר), וכל שטח רחב יותר - הרי אלו שלו. לכאורה, כלל זה הינו כלל "ביש" ויש להסבירו, והתלמוד מסביר בהמשך, כי מדובר במקום איסוף הפירות שלאחר הקטיף, ואדם לא יטרח לאיסוף פירות שהתפזרו, ולכן הוא מתיימש מהם ומפקיר אותם; על כן, המוצא אותם יקנה בהם בעלות מיד, אם תפס בהם חזקה תוך כוונה לרכוש בהם את זכות הקניין. מיד מסתער רבי ירמיה על כלל נוקשה זה, ומתחיל בסדרת קושיות של דבר והיפוכו, על-מנת לוודא את המהות שמאחרי הכלל, ובסופו השאלות מגיעה תשובה אחת - תיקון - תישיב יתרץ



קושיות ובעיות - איננו יכולים להתמודד עם המהות, ברמה כזאת מעמיקה, ודי לנו בעצם קיומו של הכלל הפורמלי, גם אם לא ידועה לנו תחולתו בכל המקרים.

[45] האמת, שגם היה לו חוש הומור מפותח, והוא השתמש בחוש הפלפול שלו לעיתים לצורך "פלפולי טוטה" על-מנת לבדוק את יושבי בית-המדרש, גם אם לא תמיד צחקו מבדיחותיו. ראו למשל, מסכת **נדה**, דף כג ע"א למטה.

[46] מסכת **שבת**, דף סג ע"א.

[47] מסכת **בבא בתרא** דף כג ע"ב.

[48] רש"י סובר, כי ר' ירמיה סולק מבית-המדרש כיוון שהטריח את התלמידים בשאלות. יתכן והלה סולק, משום שאכן היתה זו "קלאץ קושייה" - מהו הסיכוי שיימצא גוזל במצב כזה - ולאור שוויו הפעוט של הגוזל, האם בשל כך באמת כדאי להטריד את המערכת? יש הסוברים, כי סילקו אותו מבית המדרש מכיוון ששאלה זו פוגעת לכאורה בסמכותם של חכמים - בכלל שנקבע על-ידי חכמים. יש הסוברים, כי לא היתה לו כל כוונה לפגוע, שהרי המשנה באותו המקום מתייחסת למקרים ממוצעים כאלה.

[49] תשובה פורמלית על שאלה זו תהיה כדלקמן: הואיל וקבענו כלל עובדתי-משפטי, לפיו גוזל אינו מדדה מעל לחמישים אמה, הרי כאשר הגוזל שבפינו מצוי, לפחות בחלקו, מעבר לחמישים אמה, המסקנה הינה כי גוזל זה אינו שייך לשובך הנדון.

[50] לדוגמה - מסכת **כתובות** דף קד ע"א קובעת, כי המידה למקווה טהרה הינה ארבעים סאה. אם טבל במקווה שחסר בו אפילו קורטוב, טבילתו אינה טבילה.

[51] אמנם ברטוציה, על-מנת שלא לפגוע ברבי אלעזר בן עזריה - **ברכות**, שם.

[52] ומעשה שהיה כך היה, על פי הדין העברי, לשם קיום שטר יש צורך בחתימת שני עדים עליו, וחתימה של עד אחד בלבד אינה מועילה. נשאלה השאלה, מה הדין, כאשר יש חתימה אחת על השטר, וקיים עד נוסף, המעיד בעל פה? האם נאמר כי הואיל והשטר פסול, העד אינו יכול להצטרף? במלים אחרות, כפי שמסביר זאת פירוש **בן יהודע** (לר' יוסף חיים) על המקום, זאת בדיוק אותה שאלה ששאל ר' ירמיה עצמו - חציו בפנים וחציו בחוץ - שלחו חכמים שאלה זו לר' ירמיה, והוא השיב: "אינני כדאי לכבוד כזה ששלחתם אלי שליחים להיוועץ בי. אולם אם שלחתם, ואומר כי דעת תלמידכם (התכוון על עצמו שהוא תלמיד) נוטה לאשר את השטר" - כך השיב לעניין, ללא פלפול. בעקבות זאת בקשו ממנו שישוב לבית המדרש (למעוניינים בנוסח המלא של התלמוד - ראו **בבא בתרא**, דף קס"ה ע"ב).

[53] **סנהדרין**, דף ו' ע"ב.

[54] אכן, משה רבנו היה צריך להיות אדם תקיף, לאור משימותיו, של הוצאת העם ממצרים והנהגתו במדבר משך 40 שנה. משימות אלה הצריכו יד חזקה והנהגה תקיפה, ואין פלא כי גישתו היתה "יקוב הדין את ההר". דווקא אהרון, שלא היה מנהיג כחלק מהגדרת תפקידו, יכול היה להרשות לעצמו לנהוג בדרך אחרת.

[55] מסכת **אבות**, פרק א' משנה י"ח: הדין צריך להיות משולב באמת, ולהביא לשלום.

[56] הכוונה - דרך הפשרה.

[57] המשפט העברי מחייב את השופט לרדוף את השלום, לא פחות מאשר לרדוף את הצדק. עובר למסירת המאמר לדפוס הגיע אלי מאמרו של א. וינרוט "מהותו של הפישור במשפט העברי", **נקודת גישור** 7 (אפריל, 2003), 14-15, הראוי לציון בהקשר זה.

[58] לסוגייה זו ולקשר בין משפט, צדק ויושר: ראו מ. אלון, **המשפט העברי**, הערה 43 **לעיל**, כרך א' עמ' 163-149.

[59] "שניים או חזים בטלית - זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי..." - יחלוקו" **בבא מציעא**, פרק ראשון, וקיימות דוגמאות רבות נוספות.

[60] כידוע, נקודת המוצא הבלתי מעוררת של דיני התחרות היא, שרק אחד מהמתחרים יזכה בנכס כולו.

[61] תיאוריות פמיניסטיות ותיאוריה של צדק על פי Rawls, וגם על פי דיני הקניין שלנו, אולם דיון מפורט בסוגייה זו ייעשה בהזדמנות אחרת. ראו גם י. בהט "גבולות החלוקה הבינארית בדיני חברות" **ספר שמגר** מאמרים ג' (תשס"ג) 459.

[62] אמת ויצב - אמת עדיף: ע"א 376/46 **רוזנבאום** נ' **רוזנבאום**, פ"ד ב' 235, 254. ראו גם: רע"א 1287/92 **בוסקילה** נ' **צמח**, פ"ד מו(5) 159; ד"נ 39/75 **רשות הנמלים בישראל** נ' **אררט**, פ"ד לא(1) 533.

[63] אני מציע לפרש כאן את המלה אמת, כ"נכון" במובן של מבוסס: "והיה באחרית הימים **נכון** יהיה הר בית ה' בראש ההרים..." (**ישעיהו** ב, ב). המלים נכון ו"כן" קשורות באותה משפחה.

[64] חוששני, כי הדיון על אמת וצדק, יציבות לעומת חדשנות חורג מגדר רשימה זו, ויתכן כי אני גורם לו עוול בכך שאני מזכיר אותו אך בקצרה.

[65] בחרתי לכנות כלל זה בשם "כלל ההגנה" מכיוון שהעיקרון הנקבע לפיו הוא, כי רק מי שטרח להגן על זכותו יהיה מוגן כלפי השני, ואילו שאלת מועד רכישת הזכות אינה רלוונטית.

[66] לעניין זה ראו בפירוט:

cheshire & burn's **modern law of real property** (5th ed., butterworths, 1994), pp. 39-42.

[67] יש האומרים, כי היא מהווה את התרומה הגדולה ביותר של המשפט האנגלי לעולם המשפט - maitland **selected essays** (cambridge, 1936) 129; handbury & martin **modern equity** (16th ed., sweet & maxwell - 2001), p. 8. ועוד.

[68] לסקירה מלאה ראו:

cheshire & burn's **modern law of real property** (5th ed., butterworths, 1994), pp. 57-58; robert megarry & william wade **the law of real property** (6th ed. by charles harpum, sweet & maxwell, 2000), pp. 96-98.

[69] ראו סעיפים 6 ו-7 לחוק המקרקעין.

[70] אמנם יצויין, כי הדין הישן יחול על זכויות שנרכשו קודם לכן, גם אם אינן מוכרות בחוק החדש: ראו סעיף 166 לחוק המקרקעין.

[71] ראו גם, למשל, הפסיקה שהתייחסה לסעיף 8 (דרישת הכתב) כדרישה מהותית: ע"א 726/71 **גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות** נ' **עזיבון בידרמן**, פ"ד כו(2) 781.

[72] ראו גם התייחסותו של השופט חשין לכך, בפרשת **בנק אוצר החייל**.

[73] ברע"ע 178/70 **בוקר** נ' **חברה אנגלו ישראלית**, ואח', פ"ד כה(2) 121.

[74] ע"א 277/73 **כונס הנכסים הרשמי** נ' "טפחות" **בנק משכנתאות**, פ"ד כט(1) 85.

[75] ראו, למשל: ע"א 29/86 **אי.תי.ס. נהיגה עצמית בע"מ** נ' **משה קרול**, פ"ד מד(1) 864; ע"א 3002/93 **בן-צבי** נ' **סיטין ואח'**, פ"ד מט(3) 5. ולאחרונה: ע"א 4374/98 **ורד עצמון** נ' **עו"ד אורי רפ ואח'**, ניתן ביום 13.11.2002.



סוגייה זו זכתה למגוון דעות מנוגדות, אולם לדעה כי יש להחיל את דוקטרינת העסקאות הנוגדות ראו: ד. פרידמן, [76] "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ד 245; ע"א 459/78 **חברת בני פינשקוביץ בע"מ נ' חברת אבני יצחק ושות' בע"מ ואח'**, פ"ד לה(3) 169. ע"א 666/88 **מדינת ישראל נ' מונגול תעשיות מזון בע"מ**, פ"ד מו(4) 1; ראו גם דעתו של השופט יוסף גולדברג בע"א 1096/97 **עטיה אבו ג'ובה ואח' נ' בימן בע"מ**, פ"ד נג(1), 481. ע"א 741/79 **כלנית השרון השקעות ובניין בע"מ נ' הורוביץ**, פ"ד לה(3) 533. לדעות אחרות ראו: א. ידן "רכישה על פי חוזה פגום" **ספר זוסמן** (ירושלים, תשמ"מ), 193; ג. טדסקי: "מכר מקרקעין והשבה בעין עקב ביטולו, המרשם וייצבות הבעלות", **משפטים** י"ג (תשמ"ג-ד) 265, 268-270; לדעה אחרת ראו: דעתו של השופט ברק בעניין אבו ג'ובה הנ"ל.

[77] ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב**, פ"ד נג(4) 199.
[78] בעקבות מטבע הלשון שטבע פרופ' ויסמן בספרו **חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, מגמות והישגים** (המכון למחקרי משפט ע"ש הארי סאקר, תש"ל-1970).

[79] ע"א 2010/94 **גלבוץ נ' בינו ופיתוח א"י (רמת קדרון)** (תקדין).
[80] ד"ר ש. לוי וד"ר א. גרוניס **פשיטת רגל**, מהדורה שניה (חברה ישראלית להכשרה מקצועית בע"מ, תשס"א-2000), 369-370.

[81] ע"א 3911/01 **כספי נ' ר"ח שלמה נס ואח'**, **מקרקעין** ב/1 עמ' 130, ניתן ביום 27.6.2002.
[82] לדוגמה - כי ההלכה אינה חלה במצבים של זכויות חוזיות במקרקעין - זאת היתה דעתה של הרשמת מאק-קלמנוביץ בעניין **עשיר**: בש"א 2957/00 **עשיר נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ**, (תקדין); או כי אינה חלה על התחייבות למשכון - זאת דעתה העקבית של השופטת ו. אלשיך בבית-המשפט המחוזי בתל אביב: פש"ר 327/93 **עלמה שרון, עו"ד נ' אלפסי שמעון (סימון), מקרקעין** א/6 עמ' 110, התייחסות נוספת שלי ב-**פרקים בדיני קניין, חלק ב'**, עמ' 248-249, וכן שגב "קניין במקרקעין 2002 - סיכום שנה", **חדשות עין משפט**, גיליון 19, מתאריך 15.1.2003; או כי יש לצמצמה לעיקול בלבד - דעתה של השופטת סטרסברג-כהן בעניין **בנק אוצר החייל** עצמו. קולות נשמעו גם מכיוון האקדמיה, לדוגמה עמדתו של ד"ר בהט, כי אין מקום להכיר בזכויות שביושר בהליכי חדלות פירעון - בהט "גבולות החלוקה הבינארית בדיני תחרות", הערה 61 לעיל.

[83] מושג שטבע השופט חשין בעניין **בנק אוצר החייל**.
[84] פסק-הדין המנחה בסוגיה זו: ע"א 839/90 **רז חברה לבניין נ' איירנשטיין**, פ"ד מה(5) 739. כפי שיפורט להלן, אף בעניין **בנק אוצר החייל** נקבע, כי קיימות שתי דרכים להגנה על זכותו של הרוכש, האחת הינה לפי סעיף 127(ב) לאחר רישום הערת אזהרה, והשניה לפי סעיף 9 וזכויות שביושר, ואין האחת מוציאה את השניה. כמובן, יהיו שיאמרו כי דברים אלה התייחסו לתחרות בין רוכש לבין מעקל, אולם אופיין של הזכויות שביושר, כפי שהוגדר והוסבר באריכות בפרשת **בנק אוצר החייל**, אינו יכול (לפחות לדעתו) להשתמע לשני פנים.

[85] נ. כהן, **התערבות ביחסים חוזיים** (רמות, תל-אביב, 1981), 375; י. ויסמן "יפוי כוח בלתי חוזר כתחליף לבעלות", **משפטים** יד (תשמ"ח) 572, 577-578.
[86] התומך העיקרי בגישה זו הינו פרופ' מ. מאוטנר. ראה מ. מאוטנר "יוצרי סיכונים ו'נקלעי סיכונים' - הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה", **משפטים** טז (תשמ"ו) 92, 163-169; מ. מאוטנר, "עיסקאות נוגדות ורשלנות הקונה שאינו רשום הערת אזהרה (בעקבות ע"א 839/90 **רז חברה לבניין בע"מ נ' איירנשטיין**)", **הפרקליט** מ(3) 521. לגישה זו התייחסו מלומדים נוספים, לא תמיד בהסכמה מלאה, לדוגמה: חנוך דגן "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיח קנייני חדש", **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו** בעריכת אריאל רוזן-צבי (פפירוס תשנ"ז) 673, 719-724. דרך ביניים הינה של פרופ' א. רייכמן, במאמרו: "הערת אזהרה - מהוות, יצירה והגנה כלפי עסקאות נוגדות", **עיוני משפט** י (תשמ"ד-1984) 297, המציע להכפיף את הקונה הראשון לקונה השני, במקרה שהאחרון בדק את המרשם והסתמך עליו. מעניינת הינה גם גישת המחוקקים שהוסיפו את סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין, בעקבות פסק-דין **בוקר**, היו שטענו כי תיקון החוק והוספת סעיף 127(ב) תהפוך את הערת האזהרה לתחליף של הזכות שביושר, שאבדה עם כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין (ראו הי"ש 22-23 במאמרו של א. פרוקצ'יה "לשאלת תוקפה הקנייני של הערת אזהרה" **עיוני משפט** ז (תשמ"מ) 446, 452). לשיטתם, על-מנת ליצור זכות שביושר היה צריך לרשום הערת אזהרה.

[87] פרשיות **רז ובנק אוצר החייל**, כאמור לעיל. יצוין, כי פרופ' דויטש הציע לצמצם את תחולתה של הלכת **בנק אוצר החייל**, כך שתחול על מעקל בלבד, במישור של הפטור מהצורך ברישום הערת אזהרה, אולם פטור זה לא יחול כלפי רוכש אחר. ראו: מ. דויטש, "ניפילתה(!) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי - המשפט בעקבות המציאות" **עיוני משפט** כד(2) (תשס"א), 319, טקסט ליד הי"ש 180 ואילך.
[88] אף הרהבתי עזו וייחדתי לה חלק נכבד מספרי **פרקים בדיני קניין** (חלק ב').
[89] מלומדים כבר הצביעו על כך שמתהווה בשנים האחרונות במשפט הישראלי שיח קנייני חדש ורב-גווני: חנוך דגן, הערה 86 לעיל, עמ' 675 ואילך.
[90] לפחות לא באופן בו נוסחה בפסק-הדין.

91. פרופ' א. ברק עצמו ציין בספרו **שיקול דעת שיפוטי** (פפירוס, תשמ"ז) בעמ' 412: "אחד היסודות החשובים של חיי חברה תקינים הוא הבטחון בקניין".
[92] carol m. rose, crystals and mud in property law, 40 **stanford l.r.** (1988), p. 577.
[93] nathan isaacs, the standardizing of contracts, 27 **yale l.r.** (1917-1918), pp. 34-38.
[94] תופעה זו מתרחשת בשנים האחרונות גם בדיני החוזים - הנקודה הארכימדית של כריתת החוזה הפכה, בשל חובת תום הלב להיות מטושטשת לחלוטין; בשנה האחרונה ראו פרשיות **עלריג וקל בניין**: ע"א 6370/00 **קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נו(3) 289; ע"א 8144/00 **עלריג נכסים (1987) בע"מ ואח' נ' ברנרד ואח'**, **מקרקעין** ב/1 עמ' 116, ניתן ביום 20.11.2002. להתייחסות לפסק-הדין האחרון ראו: מ. גלוסקא "שיעור" בניהול עסקי מקרקעין", **מקרקעין** ב/2 עמ' 25.

[95] המשפט משקף את האנושות וטבע האדם, ובהשאלה את "תנאי הארץ ותושביה"; שאלו את עצמכם - כמה פעמים קבענו לעצמנו (או לאחרים) כללים והפרנו אותם? מטבע הדברים, טבעם של האנשים קובע את טבעו של המשפט, ולהיפך. השוו, למשל, את טבעו של המשפט בקונטיננט לעומת טבעם של תושביו. ראו, למשל: ש. גנוסר, חניך המשפט הקונטיננטלי, האמון על היגיון צרוף ושיטתיות, וביקורתו על מלומד אחר, חניך השיטה האנגלו-אמריקאית: "למהותן של הזכויות הקנייניות", **הפרקליט** לה (תשמ"ד) 296, בעמ' 298.

[96] במקרים כאלה (לפחות באנלוגיה), גם המשפט העברי מכיר בהטלת האשם על הבעלים. ראו למשל רמב"ם, **ספר נזיקין**, הלכות גזלה ואבידה, פרק י"א הלכה יא: "המאבד ממונו לדעת אין נזקקים לו. כיצד: הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו; השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, וכל כיוצא בזה, הרי זה איבד ממונו לדעתו. ואף על פי שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו אינו זקוק להחזיר, שנאמר: 'אשר ת'אבד', פרט למאבד לדעתו".
97. ע"א 6400/99 **מיראז' חברה לבניין והשקעות בע"מ ואח' נ' בנק הפועלים ואח'**, פ"ד נו(4) 830, 853-855.



98. ראו ע"א 2802/92 **איסכור שירותי פלדה בע"מ** נ' **שלמה נס**, פ"ד מו(4) 279, והתייחסות השופט אנגלרד אליו בעניין **מיראז'**, שם, בעמ' 853.
99. בין אם מעשה הרמייה הוא כלפי הראשון - בעצם ההתקשרות, ובין אם מעשה הרמייה הוא כלפי השני - בעצם הסתרת המידע אודות קיומה של התקשרות נוספת.
- [100]. ראו למשל ביקורתו של פרופ' מ. דויטש בגלובס, מיום 9.2.2003.
- [101]. ע"א 471/83 **מקבלי הנכסים של אלקטרוניקס בע"מ** נ' **אלסינט בע"מ ואח'**, פ"ד כט(1) 121, 126; ע"א 371/89 **אורית (שכטר) פורד** נ' **חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ, בפירוק**, פ"ד מו(1) 149, 153-154. ע"א 4724/90 **א.ש.ת. כספים בע"מ** נ' **בנק המזרחי המאוחד בע"מ**, פ"ד מו(3) 570, 576-577, ועוד.
- [102]. ע"א 842/79 **נס** נ' **גולדה**, פ"ד לו(1) 204 - פסק-הדין ינתח להלן.
- [103]. ע"א 4609/00 **בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ** נ' **סונדרס, מקרקעין** א/6 עמ' 93, נותח על-ידי בגיליון מס' 9 של **חדשות עין משפט**.
- [104]. ע"א 6529 **טקסטיל ריינס בע"מ** נ' **רייך**, פ"ד נג(2) 218.
- [105]. יצויין, כי גם במקרים שרישום בטאבו היה אפשרי, אלא שעוכב מחמת סכסוכים פנימיים, בית המשפט יצר מודל של המחאת זכויות מכוח הערת אזהרה. ראו ע"א 886/97 **בורשטיין ואח'** נ' **חודאד ואח'**, פ"ד נב(4) 68.
- [106]. ע"א 842/79 **נס** נ' **גולדה**, פ"ד לו(1) 204.
- [107]. הנמקה זו הכשירה את העסקה ב-ע"א 1662/99 **חיים** נ' **חיים ואח'**, פ"ד נו(6) 289; ניתוח פסק הדין מופיע בגיליון 18 של **חדשות עין משפט**.
- [108]. שימו לב - הנשיא מדבר על קונה אחר ולא רק על נושה.
- [109]. עמ' 326, וההפניות **שם**.
- [110]. ע"א 839/90 **רז חברה לבניין** נ' **אירנשטיין**, פ"ד מה(5) 739.
- [111]. די"נ 21/80 **ורטהיימר ואח'** נ' **הררי ואח'**, פ"ד לה(3) 253.
- [112]. אציין, בכל הכבוד, כי לא ברור לי סייג זה. אם נניח, כי מדובר במקרקעין המנוהלים על-ידי חברה משכנת, מדוע שלא תקום חובת הודעה מוקדמת מיד עם חתימת החוזה? והוא הדין לגבי קרקע של מינהל, שאינה רשומה בלשכת רישום המקרקעין. לכאורה, הכלל של הגנה על צדדים שלישיים צריך לחול בכל מקום בו יש אפשרות להודיע לצדדים שלישיים על קיומה של הזכות.
- [113]. של בני זוג שלא רוצים לפגוע במרקם היחסים ביניהם, או מקרים בהם לא ניתן לבצע רישום של הערת אזהרה, וכדומה.
- [114]. ראו הערה 85 **לעיל**.
- [115]. הצעות מפורטות לדוגמה ראו - ח. דגן, הערה 86 **לעיל**; מ. בניאן "עסקאות נוגדות בזכויות במקרקעין - המצוי והרצוי", **מקרקעין** א/3, 9-10.
- [116]. הצעת חוק המקרקעין (תיקון - עסקאות נוגדות), התשנ"ד-1993 (הצעה פרטית מטעם ח"כ נעמי בלומנטל). אציין כי ההצעה המנוסחת במאמרו של עו"ד בניאן, **שם**, דומה לה מאוד. הצעה זו נשלחה כהצעת חוק מטעם לשכת עורכי הדין, לעיון משרד המשפטים: בניאן, **שם**, עמ' 9.
- [117]. דברי שר המשפטים דוד ליבאי, בישיבת הכנסת ה-13 מס' 186, מיום רביעי כ"ח שבט תשנ"ד (9.2.1994).
- [118]. אם כי, כמובן, במישור התוצאה יכול ויהיה הבדל מהותי בין שתי הדעות - הגישה המיוצגת על ידי פרופ' ליבאי קרובה להלכת **בוקר** - חיוב ברישום ממש; ואילו הגישה המיוצגת על ידי הלכת **בנק אוצר החייל** הפוכה - אין צורך ברישום. מכל מקום, לדעת שתי הגישות - רישום הערת אזהרה לא צריך להוות גורם עיקרי בקביעת הזכויות במצבי תחרות.
- [119]. סעיף 178(א) לפקודת התברות (נוסח חדש), תשמ"ג-1983. ראו גם דבריו של השופט זוסמן בעניין **שטוקמן**, אודות ההבדל שבין שיעבוד לבין משכון לעניין אלמנט הידיעה: ע"א 181/73 **שטוקמן** נ' **ספיטאני**, פ"ד כח(2) 182.
- [120]. סעיף 83 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967.
- [121]. סעיף 90 לחוק הפטנטים.
- [122]. למען הסר ספק נבהיר, כי סעיף זה מתייחס לתחולת המשכון כלפי נושים, אולם לא כלפי חליפי הממשכן - אלה כפופים למשכון גם בהיעדר רישום. ראה י. ויסמן **חוק המשכון, תשכ"ז-1967** במסגרת הסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשל"ה-1974) 83-87, 98.
- [123]. ראו, למשל, הסכם שיתוף במיטלטלין, לפי סעיף 9(ג) לחוק המיטלטלין; תוקפה של "פעולה בחריגה" כלפי צד שלישי לפי סעיף 56(א) לחוק החברות; תוקפה של נאמנות לפי סעיף 5 לחוק הנאמנות, ועוד.
- [124]. לעניין זה השוו פרשת **סונדרס**, הערה 103 **לעיל**.
- [125]. סעיף 199(1)(i) ל-7 (land property act) Ipa וכן סעיף 4 ל-4 (land charges act) lca.
- [126]. **בעניין** 153 e.r (1981) **land bank trust co. ltd. v. green** - אב העניק לבנו אופציה לרכוש נכס מקרקעין השייך לאבא. הבן לא ביצע את העברת הזכויות. לאחר מכן האב העביר את הזכויות ברישום לאשתו תמורת תמורה מצחיקה של 500 ליש"ט. בית-המשפט קבע, כי אין זה מתפקידו לבדוק את תום הלב של האמא (הנעברת) ולא את ערכה של התמורה ביחס לנכס, לאור החקיקה האמורה.
- [127]. ע"א 2010/94 **גלבע** נ' **בינו ופיתוח א"י (רמת קדרון)**, תקדין.
- [128]. ד"ר ש. לויין וד"ר א. גרוניס **פשיטת רגל**, מהדורה שניה (חברה ישראלית להכשרה מקצועית בע"מ, תשס"א-2000), 369-370.
- [129]. ע"א 3911/01 **כספי** נ' **רו"ח שלמה נס ואח'**, **מקרקעין** ב/1 עמ' 130, ניתן ביום 27.6.2002.
- [130]. הערה 103 **לעיל**.
- [131]. הערה 7 **לעיל**.
- [132]. בעניין **סונדרס** - תשעה שופטים. בדיון נוסף **כנען** - שבעה שופטים.
- [133]. ביקורת זאת נמתחה גם על ידי כותב מאמר זה.
- [134]. רע"א 7112/93 **צודלר** נ' **יוסף**, פ"ד מח(5) 550.
- [135]. סעיף 14 לחוק המקרקעין.
- [136]. ע"א 782/70 **רדומילסקי** נ' **פרידמן**, פ"ד כה(2) 523; ע"א 354/61 **פישר** נ' **סופר**, פ"ד טז(1) 410; ע"א 403/73 **בצלאל** נ' **סימנטוב**, פ"ד כט(1) 41, ואחרים.
- [137]. ע"א 93/81 **אליאס** נ' **שיפר**, פ"ד לז(2) 444.
- [138]. רע"א 6339/97 **רוקר** נ' **סלומון**, פ"ד נה(1) 199.
- [139]. ש. שגב, **פרקים בדיני קניין, חלק א'** (עין משפט, 2001), עמ' 94; מ. דויטש **קניין, חלק א'** פרק 7 סעיף 7.42.
- [140]. ע"א 319/74 **רובינשטיין ושות' חברה קבלנית** נ' **תמרה פיין**, פ"ד ל(1) 454.



- [141]. טענת העוול המשווע היתה חלק בלתי נפרד מהדיון, ואמנם שכנעה שתי ערכאות.
- [142]. שם, בעמ' 458-459.
- [143]. דברים אלה מתחזקים במיוחד לאור הערת הנשיא בדיון נוסף **כנען** - ראו בפסיקה הבאה.
- [144]. ד. פרידמן, "דין הקניין ודין האשם", **ספר ויסמן** (ירושלים, תשד"מ) 241.
- [145]. בנסיבות כאלה לא למותר יהיה לציין, כי לאור החקיקה החדשה, הרי שגם אילו היה מבקש הנושה למנות כונס נכסים על הנכס האמור, בקשתו, מן הסתם היתה נדחית, הואיל והעיקול (לכאורה) מבטיח את זכויותיו.
- [146]. r. r. pennington **company law** (7th ed., butterworths, 1995), pp. 648-649. השו"ג: נ. זלצמן וע. גרוסקופף, "משכון זכותו החוזית של רוכש מקרקעין", **ספר ויסמן** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשס"ב), 133 בעמ' 162-165. אציין, כי אכן, יהיו שיטענו, כי יש להבחין בין בעל התחייבות למשכנתה לבין בעל התחייבות למכר, שהקשר שלו לנכס חזק יותר, מאשר בעל התחייבות למשכנתה, אם כי דווקא בתי-המשפט לא נטו לעשות הבחנות אלה. ראו למשל, דעתו של השופט ד. לוי בפרשת **איטונג**: "ודוק: לענין חובת הרישום אצל רשם החברות, אין חשיבות לתוכנה של הערת האזהרה, היינו, לסוג ההתחייבות המובטחת בה. שהרי, מה לי הערה שעניינה משכנתה ומה לי הערה המצמיחה זכות קניינית אחרת - לא העיסקה נשוא ההערה היא המשעבדת את נכס המקרקעין, אלא הערת האזהרה עצמה, היא אשר מגבילה את כוחו של בעל המקרקעין לפעול בנכס והיא אשר מעניקה לנושה יתרון על הנושים האחרים כשהופך החייב חדל-פרעון" (ע"א 558/88 **איטונג בע"מ נ' לוי דוד ובניו בע"מ (בפירוק)**, פ"ד (מח) 102, בעמ' 128-129 (פיסקה 33 לפסק-הדין)).
- [147]. ע"א 148/77 **רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ**, פ"ד (לג) 617, 635 (השופט אלון): "האלמנט היסודי שבמושג תום לב הוא איפוא היושר"; ע"א 92/78 **שטרית נ' קאר תורס (ישראל) בע"מ ואח'**, פ"ד (לג) 331, 334 (השופט ח. כהן): "עיקרו של תום לב הוא יושר לב"; ראו גם דברי ג. שלו, במאמרה: "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן", **משפטים** ז', 118, 121: "תום לב פירושו יושר והגינות, ומשמעותו זהות בין כוונה והתנהגות. פעולה או התנהגות בתום לב הנה, על כן, פעולה המנתית על-ידי שכנוע פנימי ואמונה של הפועל בהגינותה של פעולתו, לאו דווקא ולא בהכרח פעולה המתישבת עם נורמה אובייקטיבית חיזונית". ראו גם מ. אלון, **המשפט העברי**, הערה 43 **לעיל**, כךך ראשון עמ' 164-171 ועוד.
- [148]. ראו, למשל, סעיף 91 לפקודת השטרות: "כל שנעשה, למעשה, ביושר-לב, רואים כאילו נעשה בתום-לב, כמשמעותו בפקודה זו, בין שנעשה ברשלנות ובין שלא ברשלנות."
- [149]. מבין המקורות למימרא זאת בחרתי את דבריו של ר' ישמעאל במסכת **בבא בתרא** דף ס' עמ' א, ולו משום הסיפא: "תניא, אמר ר' ישמעאל בן אלישע: 'מיום שחרב בית המקדש, דין הוא שנגזר על עצמנו שלא לאכול בשר ולא לשתות יין, אלא אין גוזרין גזרה על הציבור, אלא אם כן רוב צבור יכולין לעמוד בה, ומיום שפשטה מלכות הרשעה שגזרת עלינו גזירות רעות וקשות... דין הוא שנגזר על עצמנו שלא לישא אשה ולהוליד בנים ונמצא זרעו של אברהם אבינו כלה מאליו, אלא - הנח להם, לישראל; מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין:'"
- [150]. בהנחה כי הוא יכול היה לעשות כן, שכן לצורך רישום הערת אזהרה יש צורך בהסכמת בעלים. הואיל והקיבוץ רשם הערת אזהרה, נראה כי לא היתה מניעה שגנו ירשום הערת אזהרה אילו חפץ בכך.
- [151]. ראו הערה 96 **לעיל**.
- [152]. וראו גם דברי ח"כ ליבאי, **לעיל**, וחוות דעתו של השופט אנגלרד בעניין **גנו**.
- [153]. ראו, לעניין זה, מאמרו החשוב של פרופ' חנוך דגן, "תקנת השוק כביטוח" **ספר ויסמן** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשס"ב) 15, 24-28.
- [154]. בספרי **פרקים בדיני קניין**, חלק ב' (עין משפט, 2002), עמ' 169-170.
- [155]. ואין אני משוכנע בכך שעוצמתם שונה, ואם כן האם במידה משמעותית.
- [156]. ע"א 4336, 4294/97 **אובזילר ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פ"ד (נו) 389.
- [157]. ש. שגב, **פרקים בדיני קניין**, חלק ב' (עין משפט, 2002), 100.
- [158]. ניתחתי את דיון נוסף **כנען** ובמיוחד את שיקולי הצדק שנשקלו, ואלה שלא נשקלו, בגיליון 26 של **חדשות עין משפט**.
- [159]. לאו דווקא זכות קניין במקרקעין, אם כי זכות האכיפה הינה זכות "לפי חוק".
- [160]. שהיא היא מגנה על אינטרס הקיום - שהוא האינטרס החשוב ביותר, אם לא היחיד, בדיני חוזים: ראה ד. פרידמן, "אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים" **ספר זיכרון לגואליטירו פרוקציה** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, תשנ"ז-1996) 377.
- [161]. בחינת הפסיקה בתחומים אלה וקרובים מעלה אצלי את הסברה, כי נקודת המבט של הנשיא במקרים לא מעטים הינה "חוזית". השוו פרשיות **ברדיגו וחיים** (ראייה חוזית של סוגיות שניתן היה להשקיף בהן במבט קנייני), החלת עיקרון תום הלב כפי שראינו כאן, העדפת עיקרון הבטילות על פני עיקרון הבטלות, ועוד. אולם נקודה זו מהווה עניין לדיון נפרד.
- [162]. לאור ההשלכות האפשריות של הכלל החדש שייקבע.
- [163]. ש"י עגנון "ספר מעשיות קטן" **ספר יובל לפנחס רוזן** בעריכת חיים כהן (מפעל השכפול, תשכ"ב-1962), 13, 18-20.
- [164]. המקרה הנדון? המקרה הקשה?
- [165]. המייצג את החוק?
- [166]. המייצגת את הצדק?
- [167]. ומיהו?

