

רשות במקרקעין במשקפי "טכניקת האיפוס"

בעקבות ע"א 7139/99 אלוני נ' ארד*

מאת

שי שגב**

מבוא

שאלת סיווגה של זכות הרשות במקרקעין העסיקה את הפסיקה מזה עשרות שנים. לאחרונה ניתן פסק-דין חדש השופך אור על הנושא - אלוני נ' ארד, אותו אבקש לסקור ברשימה זו. לאחר מכן אבקש לבחון אותו במשקפי "סוגיית האיפוס" או "טכניקת האיפוס", כפי שאני מכנה אותה, המהווה הצעה למודל כללי לניתוח אנליטי של סוגיות בדיני הקניין (ובמיוחד בדיני התחרות). ניתוח זה מתחיל בנתונים העובדתיים הגולמיים, ומסתיים בשלב ההכרעה, בו מופעל הדין המהותי וניתנת ההכרעה בזכויות הצדדים. ואבהיר: סוגיית האיפוס הנסקרת כאן אינה מתיימרת להציע מודל להסדרת שלב ההכרעה, שהוא שלב מורכב בפני עצמו, בשל הבעייתיות של דיני הקניין בכלל ודיני התחרות בפרט. תכליתו של המודל המוצע באופן בסיסי הינה התוויית הדרך בשלב הראשון של הניתוח: מפרישת הנתונים העובדתיים הגולמיים ועד לבחירה בין ברירות הדין. השלב השני, שלב ההכרעה, טעון דיון בפני עצמו במסגרת אחרת.

חלק ראשון: פסק-הדין

1. העובדות

חדוה ומאיר ארד (להלן: "ההורים") התגוררו במשך 40 שנים בנחלה במושב בית-זית, הרשום כאגודה שיתופית. על פי "ההסכם המשולש" (מינהל - סוכנות - אגודה), הוענקו להם זכויות של בר-רשות על-ידי האגודה.

סעיף 20 להסכם המשולש מחייב את המתיישבים (במקרה זה - ההורים) לקבל את הסכמת המינהל, הסוכנות והאגודה בכל מקרה שהם מבקשים להקים מבנה על הנחלה ו/או להעביר את זכויותיהם בנחלה או במבנים שבנו עליה. בשנת 1986 נכרת בין ההורים לבין בנם ואשתו (להלן: "המשיבים") הסכם לפיו הקימו המשיבים את בית מגוריהם בנחלת ההורים. בשנת 1989 קיבלו הצדדים גושפנקא להסכם, מצידם של הגורמים המיישבים, אשר התירו להורים להקים על הנחלה בית נוסף. ההסכמה הותנתה בכך שבית המגורים יהיה חלק בלתי נפרד מהנחלה של ההורים, ובכך שהעברת הזכויות בנחלה כולה תיעשה כמיקשה אחת. מכל מקום, המינהל לא הכיר בזכותם העצמאית של המשיבים. המשיבים מימנו את הקמת הבית הנוסף מכספם והתגוררו בו עם שלושת ילדיהם מאז 1991.

בשנת 1994 נטלו ההורים הלוואה ומישכנו את זכויותיהם בנחלה לטובת בנק לאומי. הואיל ועסקם של האב והבן נקלע לקשיים, ועל-מנת למנוע פגיעה בזכויות המשיבים במקרה של קריסת העסק, ביקשו ההורים לעגן את זכויות המשיבים בהסכם בכתב. לכן, בשנת 1996 נחתם בין ההורים למשיבים הסכם, לפיו ההורים נתנו במתנה למשיבים את בית המגורים



וחלקה נוספת בשטח של דונם. ההורים התחייבו להעביר למשיבים את זכויותיהם בכפוף לתנאי המשכנתה. מבחינתם של הצדדים להסכם, הזכויות הועברו עם חתימת ההסכם. עם זאת, ההורים לא קיבלו את הסכמת הגורמים המיישבים להסכם המתנה האמור.

נקדים ונאמר, כי הסוגייה של תחרות בין שלושה צדדים: מוכר - קונה - צד שלישי (נושה או קונה), ותוקפה של עסקה, במקרה שלא ניתנה (או שטרם ניתנה) הסכמה של מינהל מקרקעי ישראל או של גורם אחר, נדונה בפסיקה בעבר והדעות חלוקות לגביה^[1].

המערער, נושה של האב, עיקל במסגרת הליכי הוצאה לפועל את זכויות האב במקרקעין. בעקבות העיקול, האב והמערער גיבשו ביניהם הסכם פשרה אשר גם האם היתה שותפה לו. האם אמנם לא היתה חייבת בתיק ההוצאה לפועל, אולם במסגרת ההסדר היא הסכימה להצטרף כצד לו. המערער דרש, כי גם המשיבים יהיו צד להסדר, אולם דרישתו זו סורבה. מאידך, ההורים לא סיפרו למערער על המתנה שנתנו למשיבים. אולם בית-המשפט הגיע למסקנה, כי המערער ידע על מגורי המשיבים בנחלה ועל זכותם.

ההורים לא מלאו את התחייבויותיהם על פי ההסדר האמור והליכי ההוצאה לפועל נמשכו. בעקבות הליכים אלו פנו המשיבים לבית-המשפט בתובענה למתן פסק-דין הצהרתי, לפיו הינם ברי-רשות או חוכרים או בעלי זכויות של בנים ממשיכים בבית-המגורים ובשטח הנוסף. לבקשתם גם ניתן בשלב הביניים צו-מניעה, האוסר על מימוש העיקול.

הגורמים המיישבים הצהירו, כי אין להם עניין בסכסוך וכי הם יכבדו כל החלטה של בית-המשפט, ובלבד שכל העברת זכויות, אם וככל שתהיה, תהיה כפופה להוראות ההסכם המשולש.

המערער טען טענות אלה כנגד התביעה:

- (1) הסכם המתנה בטל, שכן לא נעשה על דעת הגורמים המיישבים, ומכיוון שהבן לא הוכר כבן ממשיך.
- (2) הסכם המתנה בטל, בהיותו הסכם למראית-עין, שתכליתו הברחת נכסים של ההורים מפני נושיהם.
- (3) אם וככל שהסכם המתנה תקף, הוא תקף במישור שבין ההורים למשיבים בלבד (תקף ברובד החוזי אולם לא ברובד הקנייני), והמעקל אינו כפוף לו.

2. הכרעת בית-המשפט המחוזי

בית-המשפט הבחין בין השטח הנוסף לבין בית המגורים. לעניין השטח הנוסף, הוא קבע כי ההתחייבות להעברתו למשיבים נחשבת להברחת נכסים. לעומת זאת, ככל שמדובר בבית המגורים, ההתחייבות היתה אמיתית ושיקפה את כוונת הצדדים, כפי שהתגבשה עוד בשנת 1986, על בסיסה ניתן הרישיון ונבנה הבית. אולם, הסכם זה היה מותנה בקבלת הסכמת הגורמים המיישבים, ומשזו לא ניתנה, התנאי לא התקיים וההסכם בטל.

מעמדם של הבן ואשתו בבית שבנו, על פי ההסכם האמור, הוא מעמד של ברי-רשות, וזכות הרישיון שלהם הינה בלתי הדירה. מבחינה עובדתית קבע בית-המשפט, כי בעת הטלת העיקול המערער ידע שניתנה למשיבים רשות להתגורר בבית מגוריהם. על כן, הגיע בית-המשפט למסקנה, כי למשיבים "זכות אישית למגורים, להם ולצאצאיהם (בית-המגורים)".

3. טענות המערער

הערעור מבוסס על הטענה, כי אין תשתית ראייתית לקביעה, לפיה למשיבים ניתן רישיון בלתי-הדיר לשימוש בבית-המגורים, שהרי אליבא דבית-המשפט המחוזי עצמו, ההסכם בטל מחמת אי התקיימות התנאי המתלה. זאת ועוד, הרשות האמורה ניתנה חינם, ולכן אין היא בלתי הדירה. כן נקבע בהסכם המתנה במפורש, כי בית-המגורים מהווה חלק בלתי-נפרד מנחלת ההורים. על כן, אין הבדל בין הרשות האמורה לבין רשות "רגילה" של מגורי בני משפחה בבית ההורים, שניתנת לביטול בכל עת.



בסיום דבריו חזר המערער על טענתו, לפיה אין לרישיון האמור כוח במישור של זכויות המעקל כלפי ההורים. המשיבים טענו לעניין זה, כי ההסכם תקף כלפי "כל העולם", למעט כלפי הגורמים המיישבים.

4. השופטת דורנר: רישיון בלתי הדיר - מהותו ותוקפו כלפי צדדים שלישיים

במסגרת פסק דינה, השופטת דורנר ניסחה את השאלה לדיון באופן הבא: האם זכות הרישיון שקיבלו המשיבים (על סמך הסכם הרישיון משנת 1989 ועל פי הסכם המתנה משנת 1996) תקפה כלפי המערער. השופטת דורנר קבעה, כי יש לסווג את הרישיון שקיבלו המשיבים כזכות בלתי הדירה בנסיבות העניין. תוך כדי כך היא הרחיבה את הדיון לגבי זכות הרישיון, כדלקמן:

4.1 מהותה של זכות הרישיון במשפט האנגלי

"הרישיון במקרקעין מבוסס על תורת השתק (estoppel) שפותחה בדיני היושר האנגליים. השתק נועד למנוע תוצאות בלתי-צודקות, המתחייבות לכאורה מן הדין, על-ידי השתקת המתנגדים מלטעון בבית-המשפט טענות משפטיות או עובדתיות, שהן נכונות כשלעצמן. השתק כמו זה שבענייננו מונע מבעל-זכות במקרקעין לחזור בו מן ההרשאה שנתן לאחר לשימוש במקרקעין, אם המורשה הסתמך על ההרשאה בתום-לב ובאופן סביר ושינה עקב כך את מצבו לרעה, על-ידי השקעות שהשקיע במקרקעין מתוך ציפייה שיצרה אצלו ההרשאה להמשך קיומה של הרשות להשתמש בהם, כל עוד הוא רוצה בכך. עם זאת, לנוכח שיקולי הצדק שביסוד השתק, הפעלת הכלל היא גמישה ולבית-המשפט ניתן שיקול-דעת בקביעת הסעדים - אם רשות שימוש במקרקעין ללא-הגבלה ואם פיצויים - על-פי נסיבות המקרה הקונקרטי. ... כאשר הצדק מחייב קיומה של זכות בלתי-הדירה, אין היא באה לסיומה עם העברת המקרקעין. אלא, מכוחו של השתק, המכונה גם השתק קנייני (proprietary estoppel), היא חלה כלפי צד שלישי - נושה, יורש או רוכש - שזכויות בעל-המקרקעין עברו אליו. זאת, להוציא רוכש המקרקעין בתמורה ובתום-לב, שלא ידע על קיומה של זכות השימוש."

4.2 בפסקה 8 לפסק דינה, דנה השופטת דורנר גם בקליטת זכות הרישיון למשפט הישראלי:

"מוסד הרישיון במקרקעין, המבוסס כאמור על השתק, נקלט במשפט הישראלי מן המשפט האנגלי באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו. ... כיום ניתן לעגן את השתק בתורת תום-הלב, שנקבעה בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973."

4.3 לשיטתה של השופטת דורנר, הכירה הפסיקה בזכות הרישיון, גם לאחר כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין:

"סעיף 160 לחוק (- המקרקעין) ניתק את דיני המקרקעין מדיני היושר האנגליים וסעיף 161 לחוק קבע, כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". אולם, הפסיקה המשיכה להכיר ברישיון הבלתי-הדיר. ראו, למשל, ע"א 2836/90 בצר נ' צילבנץ, פ"ד מו(5) 184; וכן ע"א 5136/95 קוגלמס נ' קוגלמס, פ"ד מט(2) 419, בהם נקבע, מבלי להתייחס לסיווג הזכות, כי נותן הרישיון אינו רשאי לחזור בו. ואילו השופט יצחק כהן, בהידרשו ל"סיווג זכות במקרקעין" על-פי חוק המקרקעין סבר, כי זו זכות חפצית, להבדילה מזכות אישית, וכי "זכותו של בר-רשות איננה זכות במקרקעין שהחוק דן בה" (ע"א 17/72 אליהו נ' גרודה, פ"ד כז(1) 337, 340)."

4.4 מעמד זכות הרישיון כלפי צד שלישי



השופטת דורנר ציינה, כי בספרות הובעה הדעה, כי לרישיון תוקף חוזי בלבד, וככזה הוא יפה רק כלפי נותן הרישיון אולם לא כלפי צד שלישי[2]. בניגוד לדעה זו, הכירה הפסיקה בתוקף של רישיון בלתי הדיר כלפי יורשיו של נותן הרישיון[3]. לאחרונה הכירה הפסיקה[4] בכוחה של זכות שביושר "תוצרת ישראל" לקבלת זכות במקרקעין, כלפי צד שלישי, מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: "סעיף 9").

השופטת דורנר סבורה, כי מצבו של בעל רישיון בלתי הדיר טוב לפחות כמו מצבו של בעל התחייבות לרכישת המקרקעין לעומת המעקל, מכוח היקש להוראות סעיף 9 לחוק המקרקעין:

"בדומה למי שמתחייב למכור את המקרקעין, שזכויותיו הופכות כפופות לזכויות הקונה, כך גם זכויותיו של מי שהעניק את זכות השימוש כפופות לזכות בעל הרישיון, וכשם שהמעניק את זכות השימוש אינו רשאי לחזור בו ממנה, כך אין לנעבר, ובענייננו למעקל - להוציא הרוכש בתמורה או בתום-לב בעסקה שהסתיימה ברישום - הכוח לטרוף את המקרקעין, הכפופים לרישיון הבלתי-הדיר, מידינו של החייב."

אמנם, כפי שמוסבר בעניין **בנק אוצר החייל**, זכותו של בעל הרישיון כפופה לחובת תום-הלב ולתורת ההשתק, אם הצד השלישי שינה את מצבו לרעה על סמך ההנחה, כי המקרקעין אינם כפופים לזכות זאת; אולם לא התקיימו נסיבות כאלה בענייננו. לדעת השופטת, מסקנתו של בית-המשפט המחוזי, לפיה למשיבים הוענק רישיון בלתי הדיר, מעוגנת בחומר הראיות, ועל כן יש לדחות את הערעור מבלי שיש צורך לדון בנפקותו של הסכם המתנה. כפי שנראה להלן, השופט ריבלין הסכים עם המסקנה של השופטת דורנר בנסיבות העניין.

5. הנשיא ברק: איפיון זכות ההורים

לדעת הנשיא, לא היה די בתשתית העובדתית שהונחה בבית-המשפט המחוזי לביסוס מסקנה, לפיה ניתן רישיון בלתי הדיר, ולכן לדעתו יש להשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי.

הנשיא החליט לבדוק בראש ובראשונה את מהות זכותם של ההורים, שהרי זכות המשיבים, הטוענים כנגד העיקול, נגזרת מזכותם של ההורים.

5.1 זכות הרישיון בחקיקה החדשה

בית-המשפט המחוזי קבע, כי ההורים הינם "בעלי זכויות שימוש או חכירה - הכל כפי שייקבע על-ידי המינהל, הסוכנות והאגודה - בנחלה ... במושב בית זית". אולם על פי ההסכם המשולש, להורים, כחברי האגודה, זכות רשות בלבד. הנשיא ברק דן במהותה של זכות רשות של המתישבים:

"השימוש במושגים של "רשות" או "רישיון" רווח מאוד בקשר לזכויות של מתיישבים חקלאיים. מושגים אלה נקלטו בזמנו מן המשפט המקובל האנגלי כמושגים מבחינים מן המושג שכירות במקרקעין, וזאת בעיקר כדי לעקוף את חוקי הגנת הדייר... וכדי לעקוף הגבלות על עבירות זכויות שוכרים... המושגים אינם כלולים ברשימת הזכויות המנויה בחוק המקרקעין, או בחקיקה אחרת. ספק בעיני אם יש עוד מקום להגדיר את זכויות המתיישבים כ"רשות" או "רישיון". ניתן ואף ראוי לסווגם תחת הזכויות המנויות בחוק המקרקעין או בחוק השכירות והשאילה, כגון "שכירות", "שאילה", "זיקת הנאה" או "זכות שימוש". נראה, לכאורה, כי כל סוגי השימוש, ההחזקה וההנאה של המתיישבים החקלאיים יכולים לחסות תחת הגדרות אלה... סיווגה של הזכות ייקבע בכל מקרה בהתאם לתוכנה של הזכות, לאור כוונת הצדדים המשתמעת מן ההסכם והנסיבות הסובבות אותו."

5.2 אפיון של זכויות השכירות והשימוש



הנשיא מאזכר את דבריהם של מלומדים הסוברים, כי זכות השכירות על פי רוב הינה קניינית, אולם לעיתים היא בעלת מאפיינים של זכות אישית:

"יובהר, כי עצם השימוש בהגדרות ובמונחים של החקיקה החדשה, עדיין אינו מכריע לגבי מהותן הקניינית של הזכויות השונות. כך, למשל, אין להניח מראש כי שכירות היא בהכרח זכות קניינית. גם שעל-פי רוב היא אכן כזו, אופיין הדיספוזיטיבי של הוראות חוק השכירות והשאלה מתיר אפשרות לשכירות שאינה קניינית ואינה תקפה in rem... אופיה של השכירות ייקבע בכל מקרה קונקרטי לפי המערכת ההסכמית המעצבת אותה, והיא עשויה כמובן לכלול יסודות חפציים לצד יסודות אישיים."

לעומת זאת, בנוגע לזכות השימוש -

"שאלה מורכבת אף יותר נוגעת למהותה של זכות השימוש שאין עמה החזקה. זכות זו מופיעה בסעיף 31 לחוק השכירות והשאלה, אך אינה נמנית עם הזכויות שבחוק המקרקעין. על רקע זה ניתן לסבור כי זכות השימוש היא לעולם זכות אישית, אך קיימת גם דעה כי זכות השימוש עשויה להגיע כדי זכות במקרקעין... מכל מקום, לסוגיות אלה כלל איננו צריכים להידרש במקרה הנדון."

5.3 סיווג הזכות שהוקנתה למשיבים על-ידי ההורים

5.3.1 הלבוש המשפטי של העסקה

אם אנו מבקשים לסווג את זכות ההורים במסגרת הזכויות המנויות בחוק המקרקעין נראה, כי הקטגוריה המתאימה ביותר הינה זכות שכירות. לפיכך, ניתן לראות את הזכות שהוקנתה למשיבים על-ידי ההורים בכמה אופנים:

- (1) לפי גישת בית-המשפט המחוזי והשופטת דורנר - ההורים התכוונו להעניק למשיבים זכות חזקה ושימוש בלעדית ובלתי הדירה בבית המגורים.
- (2) לפי גישתו של הנשיא ברק - יש לנסות ולאפיין את מערך הזכויות והחובות על פי הסיווג המצוי בחקיקה. לפיכך, ניתן לומר כי ההורים העניקו זכות שאילה למשיבים, וביתר דיוק, שאילת-משנה בלתי-הדירה.
- (3) אפשרות אחרת הינה לראות בהסכם בין ההורים למשיבים המחאת זכויות: המחאה של זכות השכירות בבית המגורים^[5]. לדעת הנשיא, ניתן לבצע המחאה כזו גם כאשר זכות ההורים הינה זכות אישית של בר-רשות ולא זכות שכירות^[6].

5.3.2 הכפיפות לכל דין

לפי שיטתו של הנשיא ברק, להורים זכויות שכירות בלבד ועל מערכת היחסים בין ההורים למשיבים יחולו מערכות הדינים כמפורט להלן:

"... לא די בכוונת הצדדים כדי לקבוע את תוקפו של מערך היחסים עם המשיבים. תוקף הזכויות שביקשו להעניק למשיבים צריך להיבחן לאור דיני השכירות ודיני המחאת זכויות, תוך התחשבות במערכת החוזית הכוללת לה כפופים ההורים. חוק השכירות והשאלה מטיל על השוכר הגבלות בהעברת זכות החזקה והשימוש במושכר ובהשכרה בשכירות משנה (לרבות השאלת משנה)."

ההסדר החוקי האמור מופיע בסעיף 22 לחוק השכירות, המאפשר את עבירותה של זכות השכירות בכפוף לקיומם של התנאים המפורטים בסעיף. הגבלה כאמור מופיעה גם בהסכם המשולש. לנוכח העובדה, כי ההסכם המשולש מגביל את עבירות הזכות, הרי שמכוח סעיף 1 לחוק המחאת חיובים, חלה אותה הגבלה גם על המחאת הזכות.



לדעת הנשיא, סוגיית ההסכמה של הגורמים המיישבים חשובה ומהותית, אולם היא לא נתבררה עד תומה בבית המשפט המחוזי. לכאורה נחתם הסכם ההרשאה - אולם זה נוגע רק לעצם הקמת הבית ולא ברור, האם ניתן להקיש ממנו גם על הסכם השאילה. בבית המשפט המחוזי לא נשמעה עמדת הגורמים המיישבים ביחס להסכם בין ההורים למשיבים.

בית המשפט המחוזי דחה את בקשתם של המשיבים להפוך את הגורמים המיישבים מצדדים פורמליים לצדדים מהותיים לדיון בסוברו, כי אין הוא נזקק להם לצורך הדיון. אולם הנשיא סבור, כי הגורמים המיישבים הינם צד הכרחי לסכסוך, ולכן יש להשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי כדי לברר, האם הגורמים המיישבים נתנו את אישורם להסכם השאילה.

6. הנשיא ברק: תחרות בין רישיון לבין עיקול

בהתאם למסקנה אליה הגיע הנשיא ברק, מתייטר הצורך בדיון בתחרות בין המשיבים לבין המערער. עם זאת, הנשיא מצא לנכון להוסיף ולדון בתחרות זו.

תחרות בין בעל זכות רישיון לבין מעקל עשויה להיות מושפעת מן השאלה, האם שאילה הינה זכות קניינית. אם מנתחים את זכות השאילה לפי הוראות חוק השכירות, ספק אם מדובר בזכות קניינית. הדעה הרווחת בקרב מלומדים הינה, כי שאילה במקרקעין היא זכות קניינית, גם אם אינה איתנה כזכויות קניין אחרות.

עמדה זו מבוססת על היקש בין שאילה לשכירות, כפי שנעשה במסגרת סעיף 83 לחוק המקרקעין, ומכך שזכותו של השואל תקפה גם כלפי הנעבר (סעיף 21 לחוק השכירות). ואולם, יש לזכור, כי זכות השאילה הינה זכות חלשה, מכיוון שהנעבר רשאי לסיים את הזכות בקלות יחסית - על-ידי מתן הודעה זמן סביר מראש. אף על פי כן, הדבר אינו גורע מעצם קניינותה של זכות השאילה, במיוחד כאשר היא בלתי-הדירה. בשאילה בלתי-הדירה יהיה מנוע המשאיל-הישן ולעיתים גם החדש לבטלה, מכוח עיקרון תום הלב. הדבר תלוי בהשקעה של השואל בנכס ובהשבחתו.

לדעת הנשיא, סוגייה זו טעונה ליבון עובדתי ועל כן, גם מטעם זה, יש להשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי.

כפי שצינו לעיל, דעתו של הנשיא לא נתקבלה. השופט ריבלין, שאת דעתו נבחן כעת, הסכים לתוצאה אליה הגיעה השופטת דורנר והערעור נדחה.

7. השופט ריבלין: רישיון משנה

השופט ריבלין העדיף להתגדר במסגרת עובדות המקרה דנן. לדעתו, ניתן לדחות את הערעור מבלי שיהיה צורך לדון בכל השאלות הסבוכות המתעוררות במקרה זה. השופט הסכים עם גישת הנשיא, לפיה קיים צורך לברר את זכות ההורים, כדי שניתן יהיה לבחון את זכות המשיבים.

השופט ריבלין אינו רואה צורך במקרה דנן לקבוע מסמרות בשאלת מעמדה המשפטי של זכות הרשות ושל בעליה, או לקבוע כי זכות הרישיון בטלה והוחלפה בזכות השכירות או בזכות השאילה, למרות שייתכן שהדבר ראוי לגופו של עניין. לקביעה כזאת כאן, סובר השופט ריבלין, עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת. הצדדים אף לא טענו לעניין זה. כאמור, לפי שיטתו של השופט ריבלין, אין אנו נזקקים לעניין זה מכיוון שזכות המשיבים, גם אם הינה זכות רישיון אישית, גוברת על זכותו של המעקל.

בעניין הנדון, ההורים הם לכל הפחות ברי-רשות. הם העניקו למשיבים זכות של רישיון-משנה. הענקת הזכות לרישיון-משנה היתה אמורה לקבל את הסכמת הגורמים המיישבים, אולם ספק אם זו ניתנה. בהעדר הסכמה כזו מתעוררת השאלה, האם המערער, כצד זר להסכם, רשאי להיבנות מכך. לדעת השופט ריבלין - אין אנו נזקקים להכריע בשאלת



הסתמכותו של צד שלישי על העדר ההסכמה במקרה דנן, שכן לטעמו במקרה הנוכחי ניתנה הסכמת הגופים המיישבים.

הגורמים המיישבים נתנו את הסכמתם לבניית בית המגורים של המשיבים, והחילו את זכות הרישיון עליו. ההורים נותרו ברי-רשות בחלקה כולה ובמבנים שעליה. זכות החזקה עצמה חולקה, כך שבבית המשיבים, ההורים מחזיקים בנחלה באמצעות המשיבים, וזכותם של המשיבים הינה זכות רישיון-משנה. אמנם, ייתכן שכוונת הצדדים היתה להמחות את זכות הרישיון שלהם באותו חלק, אולם הם לא היו רשאים לעשות זאת וגם לא הוכח כי הגורמים המיישבים נתנו הסכמתם לכך. עם זאת הוכח, כי הגורמים המיישבים נתנו את הסכמתם להענקת רישיון-משנה, וזאת בעצם ההסכמה לבניית בית נוסף - מסקנתו של השופט ריבלין מבוססת על ההלכה שנפסקה בפרשת **בצר נ' צילביץ**^[7].

מאז פרשת **בצר**, המינהל שינה את מדיניותו וכיום הוא אינו שולל על הסף פיצול נחלה בין בני משפחה. ניתן ללמוד על הסכמת הגורמים המיישבים גם מתוכן התגובות שניתנו בתיק זה.

8. **השופט ריבלין: תחרות בין רישיון לבין עיקול**

אין חולק, כי במסגרת היחסים בין ההורים לבין המשיבים, זכות הרישיון הפכה לזכות בלתי-הדירה, לאחר שהמשיבים בנו את הבית במיטב כספם והם מתגוררים בו במשך עשר שנים. ההורים פעלו להעברת זכויותיהם למשיבים כבן-ממשך, ובנסיבות כאלה נשללה מההורים הזכות לבטל את הרישיון שנתנו למשיבים, או לפחות זכות הביטול מותנית בפיצוי המשיבים.

השאלה המתעוררת כאן הינה, האם מקבלי הרישיון החדשים אשר ירכשו את הנכס בעקבות מימוש העיקול, יהיו כפופים לזכויות המשיבים. לפי ההלכה שנקבעה בפרשת **צ'יזיק**, ייתכן שזכות המשיבים תהפוך לזכות בלתי-הדירה גם כלפי צדדים שלישיים. אולם הלכה זו נפסקה לפי הדין הקודם. נשאלת השאלה, האם כיום, לאור סעיף 161 לחוק המקרקעין אשר ביטל את הזכויות שביושר, עדיין עומדת הלכה זו בתוקפה. לכאורה, התשובה לשאלה זו שלילית. לדעת השופט ריבלין, הסתמכותה של השופטת דורנר על הלכת **בנק אוצר החייל** בעייתית, מכיוון שהקונה השני לעולם לא יוכל לזכות בזכות טובה מזו של מקבל רישיון-המשנה, שכן הוא לעולם לא יוכל לרשום את זכותו בטאבו.

זאת ועוד. הלכת **בנק אוצר החייל** התבססה על זכותו של הקונה הראשון - בעל ההתחייבות לרישום זכות במקרקעין על שמו. רישיון-המשנה שלפנינו לעולם לא יבשיל להיות זכות קניינית, ולכן ההיקש לסעיף 9 הוא בעייתי. מכל מקום, לדעת השופט ריבלין, אין צורך להכריע בשאלה זו לנוכח נסיבות המקרה.

9. **השופט ריבלין: כפיפות המעקל מכוח הנסיבות**

במקרה דנן, המעקל ידע על רישיון-המשנה והשלים עם קיומו. המערער בקיא בהלכות הבנייה במושבים והוא ידע, כי למשיבים זכויות כמקובל. הוא אף דרש מההורים לצרף את המשיבים להסכם הפשרה אולם הם סירבו לכך והוא ויתר על דרישתו.

מכאן, שיש לראות אותו כמי שהסכים לזכות הרישיון שלהם ולכן הוא כפוף לה, ומכוח עיקרון תום הלב מנוע מלהתכחש לה. זכויותיו החוזיות של המעקל על פי ההסכם, שקיבל תוקף של פסק-דין ואשר מכוחו הוטל העיקול, כפופות לעיקרון תום הלב.

חלק שני: בעקבות הפסק

10. **דעות השופטים וההלכה למעשה**

בראש ובראשונה אני מבקש לסכם את הדעות השונות בפסק הדין ולאחר מכן לנתח את הסוגייה בכללותה.

10.1 **הנתונים המהווים את הבסיס למחלוקת**

(1) הזכות שהוענקה למשיבים אינה ניתנת לביטול על-ידי ההורים.



(2) מדובר בזכות שכבר התגבשה, עובר להטלת העיקול.

(3) המעקל ידע על זכות המשיבים.

כפי שנראה, השופטים לא השתמשו בכל הנתונים האמורים לצורך הכרעת דינם; לדוגמה - רק השופט ריבלין הסתמך על הנתון השלישי.

10.2 השופט דורנר

(1) פסק הדין עוסק בזכות רישיון בלתי-הדירה.

(2) זכות הרישיון נקלטה בארץ על פי הדין האנגלי והיא תקפה גם לאחר כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין.

(3) הפסיקה הכירה בתוקפו של רישיון בלתי-הדיר כלפי יורשי המרשה.

(4) מכוח היקש ניתן ליישם את הוראות סעיף 9 והלכת **בנק אוצר החייל**, לפיה המעקל כפוף לבעל ההתחייבות הראשונה.

10.3 הנשיא ברק:

(1) לאחר חקיקת חוק המקרקעין, יש לסווג את זכות המתיישבים בהתאם לחוק המקרקעין. ככזאת, ניתן לראותה כזכות שכירות.

(2) בהתאם לכך, יש מקום לסווג את מערכת היחסים בין ההורים לבין המשיבים. לדעת הנשיא, מדובר בזכות שאילת-משנה בלתי-הדירה.

(3) תוקף הזכות האמורה תלוי בשאלות עובדתיות שלא התבררו די צורכן, ומשום כך יש להחזיר הדיון לבית המשפט המחוזי.

(4) לעניין התחרות בין הזכויות (אימרת אגב) - הואיל ומדובר בזכות שאילה, הרי שמכוח סעיף 21 לחוק השכירות והשאילה, הזכות תקפה כלפי נעבר, ולעיתים יהיה גם הנעבר מנוע מלבטלה.

10.4 השופט ריבלין:

(1) הפסיקה קבעה בעבר, כי יש לראות עסקה כזאת כהקניית זכות רישיון-משנה בלתי-הדירה ואין מקום לסטות מהלכה זו בעניין דנן.

(2) ספק אם ניתן להקיש מהוראות סעיף 9 לגבי המחלוקת נשוא תיק זה.

(3) בנסיבות העניין, ניתן לראות את המערער כמי שהסכים לזכות הרישיון והוא מנוע מלהתכחש לה בדיעבד.

10.5 ההלכה למעשה

(1) זכות המתיישבים הינה זכות רישיון (השופטים דורנר וריבלין).

(2) זכות המתיישבים תקפה כלפי צדדים שלישיים (השופט דורנר, ובהנחה שניתנה הסכמה של הגורמים המיישבים, גם הנשיא ברק).



10.6 הסוגיות שנותרו במחלוקת

- (1) האם, ככלל, זכות רישיון (להבדיל מזכות המתיישבים) תקפה כלפי צדדים שלישיים, ככל שהיא תקפה (לדעת השופטת דורנר: הזכות תקפה. הנשיא ברק: התייחס לזכות המתיישבים דווקא. השופט ריבלין: אין מקום לדון בסוגיה זו כאן).
- (2) האם ניתן להקיש מהוראות סעיף 9 בדיון בזכויות המתחרות למקרה דנן (לדעת השופטת דורנר: כן. הנשיא ברק: לא התייחס לשאלה. השופט ריבלין: מסופק).

10.7 מסקנות ראשוניות

לנוכח הניתוח האמור וחילוקי הדעות שהתעוררו בתיק זה, ספק אם ניתן לומר שבפרשה זו נקבעה הלכה חדשה, במיוחד כאשר דעת הרוב - מי יותר ומי פחות - בחרה להתגדר בהלכות קודמות.

חשיבות פסק-הדין הינה, למעשה, בשאלות שהתעוררו בו ונדונו כאימרת אגב - שאלות שלא היה בהן צורך לעצם ההכרעה.

11. סוגיית ה"איפוס"

11.1 "איפוס" מהו

כפי שרואים אנו שוב ושוב, שלב מקדמי להכרעה בתחרות בין זכויות הוא ביצוע הליך של ברירת דין הכולל גם את בחינת המצב העובדתי ובירור זכויות הצדדים. לשלב ביניים זה קראתי בעבר "איפוס". במסגרת שלב ביניים זה אנו מבקשים לבצע את הפעולות הבאות:

- (1) לבדוק את מהות העסקה ואת טיבן וטבען של זכויות הצדדים (כל אחת מהן לחוד);
- (2) לבדוק את מעמדם של כל אחד מהצדדים כלפי משנהו (ואם מדובר בתחרות זכויות - את סוג התחרות שביניהם);
- (3) בהתאם לאמור לעיל, לברור את הדין שיחול על ההתנגשות בין הזכויות השונות;

בתום השלב האמור ניתן להחיל את הדין על נסיבות העניין ולהגיע להכרעה.

ביצוע האיפוס האמור מחייב שיקול דעת שיפוטי, אשר סופו נעוץ בתחילתו - קרי: בחירת הדין שיחול על התחרות תשפיע באופן מכריע, בדרך כלל, על התוצאה הסופית.

חשיבותו של האיפוס, במיוחד במשפט הנוהג כיום, נובעת מהדינמיות הרבה שהמשפט מייחס כיום לזכויות. לזכויות, כמונחים והגדרות, יש אופי דינמי המשתנה בהתאם לעניין ולנסיבות. כך, זכות מסוימת עשויה להיחשב כקניין לצורך עניין אחד, ולחוב לצורך עניין אחר. היטיב לתאר זאת השופט (כתוארו אז) ברק בפרשת ורטהיימר^[8]:

"הטבעת תוית של 'חוב' או 'קניין' אינה צריכה להיעשות על-פי שיקולים מופשטים וכלליים, אלא חייבת להיות מעוגנת במציאות משפטית-עובדתית-קונקרטית. מוסד משפטי פלוני, כגון זכותו של אדם, כלפיו התחייבו לעשות עסקה במקרקעין - עשוי להיות שייך לתחום החיובים, לצורך סוגיה אחת, ועשוי להשתייך לתחום הקניינים, לצורך סוגיה אחרת."

בעיקרון זה נעשה שימוש גם לצורך יישום ההגנה החוקתית על הקניין:

"למושג קניין הרבה פנים, ומשמעויותיו עשויות לפשוט וללבוש צורה בהקשרים שונים, בהתאם לטיב העניין על רקעו הוא עולה..."⁸⁸



דוגמה לעריכת "איפוס" מצאנו בעניין **כונס הנכסים הרשמי נ' בנק הפועלים**^[9]. במקרה זה, מישכן פלוני את זכויותיו החוזיות על-פי חוזה מכר מקרקעין לטובת בנק הפועלים. פלוני פשט את הרגל. כונס הנכסים הרשמי טען, כי הואיל ובזכויות חוזיות עסקינן, הרי אין הבנק יכול לקבל מעמד טוב יותר מאשר מעמדו של נושה חוזי, שכן הזכות עצמה הינה זכות חוזית. בית-המשפט דחה טענה זו וקבע, כי יש להבחין בין זכותו החוזית של פלוני לבין הזכות הקניינית של הבנק, שנוצרה על זכותו של פלוני. זכותו החוזית של פלוני הינה נכס ככל נכס אחר, ולצורך מישכונה, היא נחשבת כנכס שיש קניין עליו. מרגע שמושכן הנכס, לבנק יש זכות קניינית מסוג משכון על אותו נכס (שבמקרה דנן הינו זכות חוזית) ולבנק, כנושה מובטח, יש זכות לממשו.

משמעות ה"איפוס" במקרה דנן הובילה לכך, שנתייחס לזכותו של הבנק כזכות קניינית הזכאית להגנה ולמימושה כזאת, שכן היא הנמצאת במרכז הדברים, ולא הזכות החוזית של פלוני.

נוסיף ונבהיר. כאשר אנו דנים במצב של חדלות פירעון או פשיטת רגל, ברור לנו, כי מי שיזכה להכרה בכך שהצליח לשכלל זכות קניין, יזכה בעדיפות בתחרות מול נושים אחרים. גם במישור זה חשוב ה"איפוס". טענת כונס הנכסים באותו המקרה היתה, כי הבנק הצליח לשכלל, לכל היותר, זכות חוזית, שכן לא ייתכן שתהיה לו זכות יותר טובה מאשר זו של החייב עצמו. אולם, במישור מול הנושים האחרים, לא אופי הנכס הוא הקובע, אלא הקשר והזיקה אליו למול הנושים האחרים. לבנק היתה זיקה קניינית אל הנכס (על-ידי רישום המשכון) ולכן הוא נושה מובטח, בעוד שלאחרים היתה אך זיקה עקיפה מכוח נשייתם. לצורך בחינת הזיקה בין הבנק לבין הנושים האחרים, אין רלוונטיות לשאלה, מהו הנכס עליו מתחרים הנושים, אלא לסוג הזיקה ואופיה והקשר אל הנכס. לאחר "איפוס" התמונה הכללית של הצדדים ומערך הזכויות ברי, כי הבנק הוא היחיד ששכלל זכות קניין כלפי אותו נכס^[10].

ובכן, אם נבחן את הדוגמה שהובאה לעיל, נראה כי שלבי האיפוס היו כדלקמן:

(1) מהות העסקה/הזכות של כל אחד מהצדדים: לבנק הפועלים זכות קניינית מסוג משכון על הזכות החוזית של החייב; כונס הנכסים הרשמי בא בנעלי החייב ולמעשה מייצג את יתר הנושים הלא-מובטחים. במקרה הזה, הקושי נוצר בשלב של איפיון זכותו של הבנק (בדומה לקושי שנוצר בפרשת **אלוני**, איפיון זכות הרשות, כפי שנדון על-ידי הנשיא).

(2) מעמדו של כל אחד מהצדדים כלפי משנהו: נושה מובטח מול נושים רגילים המתמודדים על נכס מסוים. הקשר של הנושה המובטח הוא קשר קנייני (משכון) ואילו הקשר של הנושים הרגילים הוא קשר עקיף, באמצעות הנשייה במסת הנכסים^[11].

(3) בהתאם לאמור לעיל, יש להכריע איזה דין יחול על ההתנגשות בין הזכויות השונות: תחרות בין בעל משכון על נכסי יחיד לבין נושים רגילים מוסדרת בסעיף (3)4 לחוק המשכון, לפיו אם המשכון נרשם, הוא יהיה תקף כלפי נושים אחרים של החייב ויקנה לבנק עדיפות על פניהם.

לאחר סיום שלב האיפוס נעבור לשלב הכרעת הדין: לפיכך, הבנק גובר על הנושים האחרים והוא יהיה רשאי לממש את הזכות ואת היתרה להעביר לקופה הכללית.

הדוגמה שהובאה לעיל הינה דוגמה פשוטה, וזאת משני נימוקים: הראשון - הבעיה שעוררה את הצורך באיפוס לא היתה מורכבת; השני - מרגע שפתרנו את הבעיה בשלב הראשון, הרי שברירת הדין, שהובילה לשלב הבא, שהינו הכרעת הדין (ואיתו עדיפות הבנק) הופעלה באופן טריוויאלי (קרי - לא היה קושי גם בשלב השני, הבא לאחר האיפוס, דהיינו שלב ההכרעה).

לעומת זאת, אנו מוצאים בפסיקה מקרים קשים יותר של בעיות המתעוררות לא רק בשלב-המשנה הראשון, של איפיון הזכות^[11], אלא גם בשלב-המשנה של ברירת הדין (להלן: **המקרים המורכבים**), ובמקרים הקשים ביותר קיימת בעייתיות גם בשלב השני הבא לאחר סיום האיפוס, הוא שלב הכרעת הדין, אותו בררנו בשלב הראשון.



11.2 תנאים שבהתקיימותם מתעורר הצורך לבצע "איפוס" במקרים המורכבים :

חוסר ודאות באחד מהמצבים הבאים מצריך חידוד נקודת המבט באמצעות התהליך של ה"איפוס":

(א) אי בהירות בנוגע לאיפיון הזכות. בפרשת **כונס הנכסים הרשמי**, המחלוקת נסבה על איפיון זכותו של הבנק. משהכרענו כי מדובר בזכות קניין, פתרנו, למעשה, את הקושי.

(ב) קיומו של חוסר ודאות לגבי שאלת **ברירת הדין**. חוסר הוודאות יכול לנבוע משני מקורות:

(1) מקרים בהם קיימת **לאקונה** (חסר) בנוגע להסדר החוקי החל על המקרה. במקרים כאלה ניתן להשלים את החסר על פי הדין הכללי, אולם הדין הכללי יכול להציע מספר חלופות נורמטיביות להשלמת החסר^[12], ועלינו לבחור ביניהן.

(2) מקרים בהם **קיים** לכאורה הסדר החל על העניין (ולו מן הסיבה שכך נפסק בעבר), אלא שדעתו של בית-המשפט אינה נוחה ממנו, מכיוון שהוא אינו משקף כראוי את עקרונות היסוד של השיטה אשר משקלם עלה מאוד בשנים האחרונות. במצב כזה, בית המשפט יעסוק בשאלה, האם יש מקום להחיל את הנורמה כפשוטה (ואולי אף כפי שפורשה לפי פסיקה קודמת), או שמא יש להחיל על המקרה את עקרונות היסוד. זו ברירת דין הנעשית על דרך של פרשנות.

אולם לדעתי, ככל שמדובר ב"תחרות זכויות", סוגיית האיפוס נתקלת בבעיה נוספת, שמקורה בכך שההסדרים הקיימים בחוק הינם הסדרים כלליים, בין משום שהם חסרים ויש להשליםם בקודיפיקציה מסודרת, ובין משום שלא ניתן לצפות מראש את כל הסוגים האפשריים של תחרות בין זכויות^[13].

במקרה של תחרות זכויות, הקושי בניתוח הסוגייה ובהכרעה בה יכול לנבוע הן מספק המתעורר בשלב של **איפיון הזכויות** והן מקושי לבחור בין ההסדרים הנורמטיביים השונים שיכולים לחול על המקרה בשלב של **ברירת הדין**:

(1) **איפיון הזכויות** וסיווג התחרות יגררו אחריהם פעמים רבות את הבחירה בתחולת הסדר נורמטיבי מסויים. לדוגמה: אם עסקינן בעסקה של המחאת זכויות חוזיות, יחולו עליה דיני תחרות הקניינים (לרבות תקנות שוק) במסגרת חוק המחאת חיובים. אולם, אם אנו עוסקים בהתחייבויות סותרות להקניית זכויות, יחולו עליהן דיני העסקאות הנוגדות, וגם אז הסיווג יעשה בהתאם לטיב הנכס (מקרקעין או מיטלטלין)^[14].

איפיון וסיווג הזכויות כשלעצמו אינו פשוט, וגם הפסיקה משנה פעמים רבות מההלכות שנקבעו בעבר לעניין סיווג הזכויות והעסקאות. לדוגמה: הפרשנות המקובלת לסיווג תחרות בין **זכויות חוזיות במקרקעין** היתה תחרות בין זכויות במישור הקנייני. אשר על כן, הפסיקה החילה על תחרות זכויות זו את דיני המחאות חיובים (אם מדובר בתחרות קניינית), או לחילופין את סעיף 12 לחוק המיטלטלין בשילוב סעיף 13(א) לאותו החוק (במישור העסקאות הנוגדות). לעומת זאת, הנשיא בפרשת **גנז**^[15] סיווג את העסקאות האמורות כהתחייבות לעשיית עסקה במקרקעין דווקא - ולכן החיל על התחרות בין הזכויות את סעיף 9 לחוק המקרקעין^[16].

(2) כפי שצינו לעיל, גם כאשר עלה בידינו לאפיין את הזכויות המתחרות ולסווג את העסקה, גם אז הדין עצמו (ולעיתים גם הפסיקה) מזמן לנו אופציות בחירה נוספות.



להלן אביא בפניכם מספר דוגמאות, בהן קיימות אפשרויות בחירה בין הסדרים נורמטיביים חילופיים העשויים לחול על מקרה מסויים:

- תחרות בין **רוכש** לבין **מעקל**: לפי גישה אחת, סעיף 9 ועדיפות הקונה הראשון מכוחו יחולו רק במקרה של תחרות בין שני בעלי התחייבויות (לדוגמה - שני רוכשים) ומכאן, שבתחרות בין רוכש לבין המעקל, יחול הדין הכללי המופיע בסעיפים 6, 7, 160 ו-161 לחוק המקרקעין. במקרה כזה, מעקל יהיה עדיף על רוכש^[17]. לפי גישה אחרת, דווקא סעיף 9 יחול על עסקה כזאת, מקל וחומר^[18], ובהיות הקונה ראשון בזמן, הוא עדיף על המעקל, גם אם לא רשם הערת אזהרה לטובתו^[19];

- תחרות בין בעליה של **התחייבות לרישום הסכם שיתוף** המשנה את המצב הקנייני, לבין **צד שלישי**: לכאורה בהיעדר רישום חל סעיף 29 לחוק המקרקעין המחיל את הוראות סעיפים 30-36 לחוק, בהיעדר רישום, וכן בנסיבות אלו יש להחיל את סעיף 6 לחוק הקובע, כי עסקה במקרקעין מסתיימת ברישום; מאידך, ניתן להחיל את סעיף 9 לחוק והסדר העסקאות הנוגדות שבו; במקרה כזה, הדעת נוטה להחיל סעיף 9, אם ההתחייבות לרישום הסכם השיתוף מהווה התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין, שכן סעיף 9 חל על התחייבויות סותרות. מאידך, אם הצד השלישי אינו טוען להתחייבות סותרת אחרת, שוב עולה שאלת פרשנותו של סעיף 9 והיקף תחולתו;

- תחרות בין בעליה של **התחייבות לתיקון תקנון ולביצוע הצמדה** במסגרת יחסי הדיירים בבית משותף: ברירה בין סעיף 62(ג) לחוק המקרקעין בשילוב עם סעיף 64 לחוק המקרקעין - הקובעים, כי כוחו של תקנון מוסכם יפה רק משנרשם, ובהיעדר רישום יחול התקנון המצוי - לבין ההסדר הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין;

- תחרות בין **זכות שכירות ממושכת** החייבת ברישום ואשר לא נרשמה (דהיינו, תקופת שכירות ארוכה מהתקופות הפטורות מרישום המופיעות בסעיף 79 לחוק המקרקעין ובסעיף 152 לחוק הגנת הדייר), לבין **רוכש**.

האם דינה של שכירות הטעונה רישום ואשר לא נרשמה, למרות שהשוכר מתגורר בנכס, כדין זכות אישית בלבד? לפי גישה אחת, יש להחיל את סעיף 7(א) לחוק המקרקעין המחייב רישום ובהיעדרו ניתן לומר שמדובר בזכות אישית, או לכל היותר בזכות שכירות לתקופה המקסימלית הפטורה מרישום; לפי גישה אחרת, יש להחיל את ההסדר הקבוע בסעיף 9 ויחד עמו את הלכת **קנייני נאסר**^[20], המחייב את הרוכש לבחון את הנכס מבחינה פיזית ולבדוק מי מחזיק בו. במקרה כזה, יד השוכר על העליונה, אפילו אם השכירות לא נרשמה.

- תחרות בין **התחייבות לרישום משכון/משכנתה** לבין זכות אחרת של **קונה** או **נושה**: ניתן להחיל את סעיף 4(3) לחוק המשכון המחייב רישום (ומסתפק בידיעה או בחובה לדעת של הצד השלישי) כתנאי לעדיפות על פני נושים, ומכוח הפסיקה גם על פני קונים, או לחילופין, ניתן להחיל את ההסדר הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין (או סעיף 12 לחוק המיטלטלין, אם מדובר במיטלטלין) אשר מעדיף את בעל ההתחייבות הראשון בזמן והמאפשר לשני להתגבר עליו בתנאי שימלא את שלוש הדרישות של דוקטרינת העסקאות הנוגדות. נציין, כי בעבר נסיונות להחיל את דוקטרינת העסקאות הנוגדות על התחייבות לרישום משכנתה - בגדר "משכנתה שביושר" - נדחו על ידי הפסיקה^[21], אולם לאחר הלכת **בנק אוצר החייל** שוב הועלו סברות הפוכות^{21א}.

המשותף לכל הדוגמאות שהבאנו לעיל הינו המתח שקיים בין הוראות (ולכאורה גם הסדרים) ספציפיות לבין הסדר כללי, הוא דוקטרינת העסקאות הנוגדות. בכל אלה מתעוררת השאלה, מה התוצאה של היעדר שיכלול זכות קניינית מלאה. כוונת מחוקק חוק המקרקעין היתה עידוד הרישום ומניעת הבלבול הרישומי והמשפטי שחל טרם היכנסו לתוקף, עקב ההכרה בזכויות



שביושר. גישה המבקשת לעודד את הרישום גררה העדפת תוצאה של בטלות בהיעדר רישום, קרי הכרה בזכויות החוזיות כזכויות אישיות בלבד, והכפפתן לזכויות של צדדים שלישיים, גם אם הם מודעים לזכויות אלה (כמו, לכאורה שיעבוד על נכסי חברה, שאינו תקף כלפי צדדים שלישיים גם אם ידעו עליו[22]). החלת סעיף 9 על מקרים אלה מחזירה את הזכויות שביושר לתמונה ולמעשה יוצרת תחרות בין הזכויות.

• **אי רישום הערת אזהרה:** גם כאשר מדובר בעסקאות נוגדות במקרקעין, שלגביהן ברור לנו, כי יש להחיל את ההסדר החוקי המופיע בסעיף 9 לחוק, בתי המשפט לא הסתפקו בהחלת הסעיף כפשוטו. במקרה של אי רישום הערת אזהרה על-ידי הקונה הראשון הפסיקה התלבטה רבות, האם יש מקום להוסיף תנאים נוספים על תנאיו של סעיף 9 לחוק המקרקעין, הגם שלשונו לא הותירה מקום לספק. יש שסברו, כי יש להרכיב על סעיף 9 לחוק המקרקעין את סעיף 4)3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ולקבוע, כי לא ניתן לאכוף את ההתחייבות שניתנה לטובת הראשון מחמת התרשלותו[23]. לעומתם היו מי שסברו, כי יש להרכיב את סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) על הסוגייה ולהשתיק את הקונה הראשון מלעמוד על זכותו בהיותה של עמידה זאת מנוגדת לחובת תום הלב[24]. כיום, החיוב ברישום הערת אזהרה הינו חלק בלתי נפרד מהצעת חוק דיני ממונות (הקודקס הישראלי החדש)[25].

11.3 הבעייתיות של סוגיית האיפוס בדיני הקניין

בנוסף לבעיות שפירטנו לעיל אודות הקושי באיפיון הזכויות ובברירת הדין, קיימת בעיה קשה גם בכל הנוגע לשלב ההכרעה. פעמים רבות, קושי זה משליך על השלבים המוקדמים של ה"איפוס", עד כדי כך שהוא "מפתה" אותנו לברור דין אחר על מנת להגיע לתוצאה המקווה. קושי זה שייך לשלב ההכרעה, שאיננו דן בו במסגרת מאמר זה, אולם הוא משליך גם על שלב האיפוס, אזכיר אותו בקצרה.

מקור מרכזי לבעייתיות, הן בשלב ברירת הדין והן בשלב ההכרעה עצמו בתחרות זכויות, הוא **התנגשות בין צידוקי הקניין השונים**[26], הנוגדים האחד את השני וגורמים לטילטול אינסופי בין שיקולים ולהכרעות שונות[27]. אמנם, המשפט כולו בנוי ממטוטלת הנעה מעכירות לבהירות, מסטטוס לחוזה, מכללים לסטנדרטים וכדומה, אולם בדיני הקניין תופעה זו מקבלת עוצמה יתרה, הגם שדווקא דיני הקניין זקוקים ליציבות. זאת ועוד, ככל שמדובר במשפט הישראלי, ששאב את הסדריו (והצידוקים להם) משיטות משפט שונות, הבעיה חמורה יותר.

כך, למשל, צידוק **התפיסה** גורר אחריו את העדפת זכותו של הרוכש הראשון, מכוח סעיף 9, מעצם היותו ראשון, אפילו אם זכותו טרם השתכללה לכדי זכות קניינית. לעומת זאת, צידוק **העבודה** גורר אחריו את העדפת זכותו של מי שרשם את זכותו דווקא והגן עליה (ואולי אף מקנה עדיפות למי ששילם מחיר גבוה יותר תמורת הזכות, בכוח ובפועל).

לעיתים משתרבב גם הצידוק **התועלת** לתחרות בין הצידוקים, כאשר מחד גיסא פלוני טוען לכך שתפס ראשון את הנכס (צידוק **התפיסה**), אלמוני טוען כי הוא עבד על הנכס ופיתח אותו (צידוק **העבודה**), ופלוני טוען, כי להבדיל מהשניים הראשונים, רק הוא יפיק את התועלת המירבית מהנכס, ולכן מוצדק להעביר את הנכס לשימושו, על-מנת להגביר את הרווחה המצרפית (הצידוק **התועלת**). ועל כל אלה יבוא הרביעי ויטען, כי הוא גובר על כולם, מכיוון שהדין מצדד בטענתו (צידוק **הדין**).

אולם כנגד צידוק **הדין** נשיב ונאמר, כי על-מנת להבין את הדין (למרות שהוא נראה ברור על פניו), יש למצוא צידוק נוסף, "מהותי" (וככל שמדובר בדיני הקניין - אחד משלושת הצידוקים הקודמים), ואת כל אלה יש להכפיף לעקרונות היסוד של השיטה המהווים אף הם חלק מה"דין"[28].



בעייתיות נוספת אשר עלולה להתעורר בשלב ההכרעה ויישום הדין הספציפי נגרמת מההתנגשות בין צידוקי הקניין לבין עקרונות משפטיים הלקוחים מהדין הכללי. למשל, במשפט קיים עיקרון כללי המחייב כל אדם לנהוג בזהירות ובסבירות כך שלא יפגע אדם אחר על ידו (להלן: "עקרון הקטנת הנזקים"). ניתן לומר, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו מגשים רק את צידוק התפיסה, אלא גם את עקרון הקטנת הנזקים. קרי, ההסדר המצוי בסעיף 9 משקף את רצונו של המחוקק לקבוע הסדר חוקי שיצמצם את נזקי הצדדים באופן המירבי. המחוקק רואה את הרוכש הראשון בזמן כמי שעלול להיפגע באופן רב יותר מעסקאות נוגדות, ולכן העדיף דווקא אותו. לפי גישה זו, מקום בו הנחה זו אינה מתקיימת, למשל לנוכח התנהגותו הרשלנית של המתקשר הראשון בזמן והנזק שהוא הביא על עצמו, הרי שיש להעדיף את הרוכש השני בזמן, גם אם לא מילא אחר תנאי סעיף 9 במלואם [29].

הבעייתיות בגישה זו הינה, שלא ניתן לדעת מהו הצידוק או העיקרון העומד בבסיס ההסדר החוקי המצוי בסעיף 9 - האם הוא דווקא הצידוק הנזיקי (הקטנת הנזקים והגנה על הצד שלא התרשל)? מדוע לא נאמר, כי מדובר בהגנה על צידוק התפיסה, ה"קנייני"? הרי סעיף 9 אינו מציין מפורשות על איזה צידוק הוא נשען ואיזו תכלית הוא בא להגשים. באותה מידה ניתן לומר, כי סעיף 9 נועד להגשים עקרונות, צידוקים ותכליות נוספים. בעייתיות זו פוגעת בסופו של דבר בדין, בוודאות ואף בצדק.

שאלה היא, מדוע קושי יוריספרודנטלי זה מועצם דווקא בדיני הקניין יותר מאשר בדינים אחרים. סברתי כפולה: ראשית, דיני הקניין נמנים עם הדינים הוותיקים ביותר במערכת המשפט. הם נוצרו משחר ההיסטוריה וצברו עם השנים שלל צידוקים. שנית, הצידוק לקיומו של קניין פרטי הוא לבר-משפטי - הוא נובע מתפיסות חברתיות שונות, שהשתנו ועדיין משתנות במהלך השנים. הצדק החברתי, כפי שהוא נתפס במשקפי חברה פלונית בתקופה פלונית, בא לידי ביטוי באופן כמעט מיידי בהתייחס לקשר שבין האדם והחברה לבין הנכסים והעושר שלה, באמצעות זכות הקניין. כך, בחברה קומוניסטית ייתכן שלא יהיה צידוק לקיומו של קניין פרטי ולעומת זאת ניתן לסבור, כי בחברה קפיטליסטית תינתן קדימות לצידוק העבודה (ובצידה גם לנימוק התועלת); לעומת זאת, במדינת רווחה תינתן קדימות גם לצידוק התועלת (צדק חלוקתי על-ידי שלילה כזאת או אחרת של הקניין, לצורך סיוע לחלשים). הואיל והחברה בה אנו חיים הינה חברה מעורבת, המושפעת במידה זו או אחרת מכל הגישות האמורות, הרי גם שצידוקיה מגוונים (וזאת אף אם לא נתייחס לכל ההסדרים והנוהגים החברתיים, שיצרו את ההסדרים המשפטיים, בשיטות המשפט שמהן שאבנו את ההסדרים השונים של דיני הקניין).

הבעייתיות האמורה בדיני תחרות הזכויות בפרט, ובדיני הקניין בכלל, חוזרת כחוט השני בפסיקה, ובמיוחד בזו של השנים האחרונות, עד כי מי שעוקב אחר הפסיקה וההכרעות השונות יכול למצוא את עצמו עומד ותמה, האם קיים חוט-רציונל מקשר בין ההכרעות השונות, הסותרות לכאורה, ואם כן - מהו.

12. דוקטרינת העסקאות הנוגדות

נשוב עתה לשלב ברירת הדין במקרה של עסקאות נוגדות. לכאורה, בית-המשפט העליון הביע את דעתו בפרשת **בנק אוצר החייל**, והיטיב לעשות זאת השופט חשין, בשם יתר חברי ההרכב, כאשר קבע כי סעיף 9 לחוק המקרקעין צריך להיחשב כ"דוקטרינת העסקאות הנוגדות" ולחול בכל מקרה בו תתקיים תחרות בין זכויות. קרי: אימוץ המודל של סעיף 9 המעדיף את הרוכש הראשון ומכפיף את זכותו של הראשון בזמן לזכותו של השני, אם הלה מקיים את שלושת התנאים [30]. השופט חשין הוסיף, כי ניתן יהיה להעדיף את השני גם במקרה שזכותו של הראשון הושגה במרמה או שזה התרשל באופן חמור.

יש יתרון עצום בקביעתה של דוקטרינה אחת שתחול על כל סוגי התחרות; היא מקילה על ביצוע האיפוס ועל ברירת הדין. היא תביא סוף סוף לוודאות, לפחות בשלב זה, ולא לתחושה



של חוסר אונים והיעדר צדק. במצב הדברים הקיים נראה כאילו ההכרעה נעשית באופן הפוך, התוצאה אינה נגזרת מהדין החל אלא הדין נקבע על פי התוצאה המקווה.

אכן גישה זו, של קביעת ברירת מחדל לתחרות בין עסקאות נוגדות, על פי דוקטרינת העסקאות הנוגדות, היא גם מגמתם של עורכי הצעת הקודקס[31].

עם זאת, הפסיקה שלאחר הלכת **בנק אוצר החייל** מלמדת, שבחירת סעיף 9 כדוקטרינה כללית לעסקאות נוגדות, אינה פשוטה, ולכן הפסיקה לא החילה באופן גורף את ההסדר החוקי המצוי בסעיף 9. כל עוד נותרה הבעיה בשלב השני, הוא שלב ההכרעה, וכל עוד ההסדר לפיו יוכרע הדין בשלב השני אינו מספק מענה לצרכים המיוחדים של דיני העסקאות הנוגדות, בית-המשפט עשוי לחפש הסדר אחר. ההסתייגות הגדולה של הפסיקה מפסק-הדין בעניין **בנק אוצר החייל** ומסעיף 9 כדוקטרינת העסקאות הנוגדות (על האיזון המופיע בו, כפשוטו), נעשתה בפרשת **גנז**, שהוסיפה לסעיף 9 נטל חדש, כתנאי לשכלול עדיפותו של הראשון, והוא חובת רישום הערת האזהרה מכוח חובת תום הלב. הלכה זו יצרה, למעשה, חריג משמעותי לדוקטרינת העסקאות הנוגדות, ועל נקודה זו הרחבתי במקום אחר[32]. הסתייגות נוספת רואים אנו בפרשה זו, פרשת **אלוני**, שבאה לידי ביטוי בפסק דינו של השופט ריבלין הסבור, כי יישומו של סעיף 9 כפשוטו כאן בעייתי מאוד, מכיוון שהזכויות לא ניתנות לרישום. הנשיא ברק לא מתייחס לסוגייה זו בחוות דעתו.

לעניות דעתי, כל עוד לא יימצא איזון מתאים להסדר בדבר העסקאות הנוגדות בשלב ההכרעה, תשליך בעיה זו גם על השלב הראשון.

13. האיפוס במקרה שלנו

לאחר שסקרנו את פסק-הדין על דעות השופטים שבו, ולאחר שהצגנו את טכניקת האיפוס, ננסה ליישם אותה על עובדות המקרה דנן. נראה, שפרשה זו ראויה לעריכת איפוס, ולו מחמת השוני בין דעות השופטים אודות ברירת הדין. על מנת שיישום הטכניקה המוצעת יהיה ברור, מצאתי לנכון לחזור, תוך כדי הניתוח, על דברים שנאמרו בפרקים הקודמים. פרשת **אלוני** מעלה בפנינו תחרות בין מעקל לבין בר-רשות, כאשר למעקל זכות גם על פי הסכם (מה שמחזק לכאורה את זכותו), ומאידך בר-רשות לא קיבל רשות מהגורמים המיישבים (מה שלכאורה מחליש את זכותו). איזו תחרות זאת, ואיזה דין נחיל עליה? לשם כך עלינו לבצע איפוס. בהיעדר איפוס, על שלביו השונים, והמיתווה האנליטי אותו הזכרנו לעיל, אנו עלולים "לאבד את הדרך".

נזכור, כי שלב זה, "שלב האיפוס", תכליתו להוביל אותנו לברירת הדין שיש להחיל על התחרות האמורה. שלב זה כולל את שלבי המשנה הבאים:

- (1) בדיקת מהות העסקה, טיבן וטבען של זכויות הצדדים (כל אחת מהן לחוד);
- (2) בדיקת מעמדו של כל אחד מהצדדים כלפי משנהו (ואם מדובר בתחרות זכויות - יש לבחון את סוג התחרות שביניהם);
- (3) בהתאם לכך, לברור את הדין שיחול על ההתנגשות בין הזכויות השונות.

איפוס לפי יעדים - קיימות שתי אפשרויות לבצע את האיפוס. אפשרות אחת, מומלצת, הינה לבחון, כבר בראשית הדברים, מה עשויה להיות תוצאת האיפוס, ובעת בחינת היחסים שבין הצדדים לשאול את עצמנו, האם מתקיימים הפרמטרים האופייניים לאותם דינים, שבאחד מהם עלינו לבחור בסוף התהליך. אפשרות אחרת הינה להתחיל בניתוח ללא נקודות יעד אפשריות, ולמצוא את דרכנו תוך כדי הניתוח.

בנסיבות העניין, דומה שניתן לחשוב על מספר הסדרים נורמטיביים שיכולים לחול על התחרות בין הצדדים:

- (1) אין תחרות בין הצדדים, מכיוון שזכות המשיבים, ככל שקיימת, הינה זכות אישית בלבד הפוקעת בעת מכירה כפויה של הנכס לצד שלישי, ולכן המעקל עדיף על המשיבים בכל מקרה.
- (2) קיימת תחרות אפשרית בין המעקל או קונה מכוחו לבין המשיבים, תחרות שתוסדר לפי דיני העסקאות הנוגדות.



(3) קיימת תחרות אפשרית שתוסדר על פי דיני תקנת השוק ("תחרות קניינים"), וזאת אם קיים תוקף קנייני לזכות המשיבים (אם הם הצליחו לסיים את העסקה מול ההורים ולשכלל קניין, לאו דווקא זכות קניין במקרקעין). במקרה כזה, מעקל לא יוכל לזכות בתחרות, שכן בכדי לזכות עליו למלא אחר תנאי תקנת השוק (במקרקעין: סעיף 10 לחוק המקרקעין; במיטלטלין: סעיף 34 לחוק המכר; בזכויות: סעיף 4 לחוק המחאת חיובים[33][34]).

הואיל והוא לעולם לא יוכל למלא אחר תנאי תקנת השוק, הרי שגם במקרה זה "אין תחרות"[35] ובר-הרשות יזכה תמיד. בנסיבות פרשת אלוני, דעת השופט ריבלין נטתה לסבור כי "אין תחרות", מכיוון שהמעקל ידע מראש על זכויות המשיבים.

(4) אפשרות נוספת הינה להחיל על המקרה את חוק המשכון והסדריו, ככל שיחולו, וזאת אם "העיקול ההסכמי" כפוף להוראות חוק המשכון.

עתה נסקור את הסוגייה בהתאם לשלבי האיפוס, וננסה לאתר את הדין שיחול עליה.

(1) טיב הזכויות

מרכז הכובד של הסוגייה

כפי שנראה להלן, מרכז הכובד ועיקר הבעייתיות של האיפוס במקרה הנוכחי, מתמקדים, לדעתי, בבחינת טיב הזכויות. הן זכותו של המעקל והן זכותם של המשיבים כוללות מאפיינים מיוחדים המאלצים אותנו לגלות את "הצופן הגנטי"[36] של הזכויות. על כן, נאריך קימעה בשלב משנה זה.

זכותו של המעקל

ככלל, למעקל אין זכות "בנכס". יש לו זכות כנגד החייב, ובעקיפין יש לו זכות כלפי מסת הנכסים של החייב כמקור לפירעון החוב המגיע לו. העיקול כשלעצמו אינו יוצר כל זכות בנכס, אלא מהווה כלי דיוני המקפיא את הנכס, על מנת שניתן יהיה לממשו במצבו ביום הטלת העיקול, ומצבו של המעקל לא יורע. בדומה להערת אזהרה, העיקול צופה פני עתיד, ואינו מגן על המעקל מפני העבר, אלא מפני הרעת המצב בעתיד[37].

דברים אלה ידועים וברורים, אולם במקרה דנן זכות העיקול קיבלה חיזוק בצורת הסכם מימוש, שקיבל תוקף של פסק-דין. האם ההסכם האמור מקנה למעקל זכות טובה יותר? האם מדובר בהתחייבות של ההורים היוצרת קשר משפטי חזק יותר לנכס? מעין משכון לטובתו? נזכור, כי סעיף 2(ב) לחוק המשכון מחיל את חוק המשכון, "על כל עסקה שכוונתה שיעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא". תכלית סעיף זה הינה למנוע שיעבודים נסתרים[38] ולהגן על החייב מפני מימוש מהיר, שלא על פי תנאיו הקוגנטיים של סעיף 16 לחוק המשכון.

לעניין זה עלינו לחזור להסכם הפשרה בין הצדדים, שקיבל תוקף של פסק-דין. הנתונים שנמסרו לנו על-ידי בית-המשפט ביחס להסכם הפשרה הינם כדלקמן:

"4. בתאריך 29.9.97, בגדר הליכים למימוש שטרות, שמשך האב לזכות המערער, הטיל הלה עיקול בלשכת הוצאה-לפועל על זכויות האב בנחלה. בתאריך 5.2.98 גיבשו האב והמערער הסדר פשרה, לפיו קיבלה על עצמה האם את חיובי האב, וההורים אף התחייבו לפנות את הנחלה כדי לאפשר את מכירתה, אם לא יעמוד האב בהתחייבויותיו על-פי ההסכם. לעומת זאת, דרישת המערער, כי בדומה לאם, גם המשיבים יהיו צד להסדר, לא התקבלה. ההורים לא סיפרו למערער על הסכם המתנה. כאמור, הסדר הפשרה שגובש נעשה בין המערער להורים, ולבקשתם, קיבל ההסדר בתאריך 8.2.98 תוקף של פסק-דין, בגדרו אושר העיקול."

לכאורה, גם במעט מידע זה ניתן למצוא אלמנטים של הודאה בחוב וייחוד נכס לצורך גבייתו באמצעות הוצאה לפועל, לצד שלישי. בכך, לכאורה התקיימו גם הפרמטרים המחמירים יותר לפי הלכת קידוחי הצפון[38א], הנדרשים לצורך החלת סעיף 2(ב) לחוק



המשכון. יש להניח, כי לא ניתנה התחייבות לרישום משכון על פי ההסכם, אולם הפומביות היחסית הושגה באמצעות העיקול, ככל שנרשם (אין על כך נתונים). אין, לדעתי, לראות את המעקל כאן כמעקל "רגיל", אלא כמעקל ששיכלל זכות מיוחדת לממש את הנכס באמצעות פסק-הדין אשר אישר את העיקול; ייתכן כי במקרה זה כוחו של העיקול רב מכוחו של עיקול "רגיל", המעלהו לדרגת משכון, או לפחות מעין משכון.

בשלב זה נעבור לבחינת זכותם של המשיבים. לא נתחיל בניתוח כוחה של זכות המעקל לעומת זכות המשיבים (שאלת הידיעה וכדומה), שכן טרם הגענו למסקנה, איזה דין יש להחיל עליהם.

זכותם של המשיבים

המשיבים קיבלו מההורים זכות חוזית, לבנות בית ולהתגורר בו. באיזו זכות מדובר? כפי שציין הנשיא - ניתן להלביש את העסקה בלבושים שונים:

(1) לפי גישת בית-המשפט המחוזי והשופטת דורנר - ההורים התכוונו להעניק למשיבים זכות חזקה ושימוש בלתי-הדירה בבית המגורים. לפי גישתה של השופטת דורנר, לזכות כזאת תוקף כלפי צדדים שלישיים. עם זאת, בכל הכבוד, קיימת בעייתיות בגישה זו. זכות חזקה ושימוש בלתי-הדירה במקרקעין, אינה נחשבת לזכות קניין, משום שאינה מצויה ברשימה הסגורה של זכויות הקניין המופיעה בסעיף 161 לחוק המקרקעין. אם כך, לא ניתן לתת לה תוקף קנייני, דהיינו עדיפות כלפי צדדים שלישיים. שהרי אילו היינו נותנים לה תוקף קנייני או מעין-קנייני, היה בכך כדי לפגוע בהוראות סעיף 161 לחוק המקרקעין ו"כלל הרשימה הסגורה", ובכך היינו מאפשרים יצירת זכויות בעלות תוקף מעין-קנייני בהיעדר רישום.

על כן, אם בוחרים אנו לראות את הזכות ככזאת, יש לאפיין אותה כזכות אישית.

(2) לפי גישתו של הנשיא ברק - יש לנסות ולאפיין את מערך הזכויות והחובות על פי הסיווג המצוי בחקיקה, דהיינו לסווג את הזכות בהתאם לקטגוריות המופיעות ברשימה הסגורה. הנשיא מסיק, כי ההורים העניקו למשיבים זכות שאילה, וביתר דיוק, **שאלת-משנה בלתי-הדירה**.

בכל הכבוד, דעתו של הנשיא אינה נקייה מספקות. שהרי, כפי שהנשיא עצמו מציין, על שאילה במקרקעין חלים דיני השכירות, ושכירות לתקופה העולה על חמש שנים טעונה רישום[39]. בהיעדר רישום, דינה כדין כל התחייבות אחרת שלא נרשמה - קרי, לכל היותר זכות השאילה הינה במעמד של התחייבות לעשיית עסקה. לדעתו של הנשיא (בפרשה זו וגם בהלכת גנז), יש להעדיף את החלת הוראות חוק המקרקעין על עסקאות במקרקעין, לרבות על עסקאות בזכויות חוזיות הנוגעות למקרקעין.

לפי גישה זו[40], לא ניתן לומר, כי למשיבים זכות שאלת-משנה בלתי-הדירה, אלא **לכל היותר** הם בעלי **התחייבות עתידית** לרישום שאלת-משנה בלתי-הדירה, התחייבות אשר ניתנת למימוש רק בעתיד. במצב כזה יש מקום לשאול, האם זכותם של המשיבים תקפה כלפי צדדים שלישיים, מכוח סעיף 21 לחוק השכירות והשאילה.

(3) אפשרות נוספת אשר הובאה בפסק דינו של הנשיא הינה, לראות בהסכם בין ההורים למשיבים המחאת זכויות: המחאה של זכות השכירות בבית המגורים. כוונת הנשיא, ככל הנראה, הינה, כי במקרה כזה ההורים צמצמו את הזכות החוזית שלהם על פני כלל הנכס, והעבירו את זכות השכירות לגבי בית המגורים למשיבים, ולכן העיקול אינו תופס (כביכול, הם פיצלו את השכירות לשני חלקים, חלק אחד העבירו למשיבים וחלק אחד השאירו בידם). אמנם, החוק מאפשר להעניק זכות שכירות בחלק מסוים במקרקעין (ראו סעיף 78 לחוק המקרקעין). השאלה הינה, האם העברת זכות השכירות האמורה יכולה להיחשב כקניינית



(ובמקרה כזה כדי לגבור עליה יש צורך לקיים את תנאי תקנת השוק במקרקעין לפי סעיף 10 לחוק המקרקעין[41]). לכאורה ניתן גם לטעון, כי הפסיקה העדיפה את מודל המחאה ככל שמדובר בזכויות חכירה מהמדינה[42].

לדעת הנשיא, ניתן לבצע המחאה של זכות אישית של בר-רשות ולא רק של זכות שכירות. אולם, בכל הכבוד, זו אינה השאלה העומדת לדיון. השאלה הינה, האם כאשר המעביר (ההורים) אינו מסוגל להעניק למקבל זכות טובה כשלו (שכן לא ניתן להעביר את השכירות בחלק מהנחלה), האם גם אז ההעברה מושלמת, והעיקול אינו תופס מאומה? לי נראה שהתשובה לשאלה זו אינה פשוטה. לכאורה, כלפי מעקל ההסכם תקף, אולם במסגרת הליכי המימוש יימכרו המקרקעין כיחידה אחת, שכן אין אפשרות למכור חלק מהמקרקעין[43]. במקרה כזה, ספק אם תהיה למשיבים הזכות להמשיך ולהחזיק בנכס, ויתכן שהם יאלצו להסתפק בזכות לקבלת פיצוי בשל הפינוי (אם זכותם תקפה רק כלפי המעקל).

רואים אנו לפחות שלוש אפשרויות לסיווג הזכות של המשיבים[44]. באיזו אפשרות נבחר? האם באפשרות המותרת אותה כזכות אישית ופגיעה או באפשרות המשכללת אותה לזכות בעלת כוח קנייני מלא או שמא כזכות אישית בעלת היבטים מעין קנייניים (זכות שביושר תוצרת הארץ)?

הבחירה והסיווג מושפעים משיקולים משפטיים ולבר-משפטיים. וגם השיקולים המשפטיים כוללים קשת רחבה של היבטים, החל בדיני הקניין עצמם, על צידוקיהם השונים, וכלה בהוראות נוספות מהמשפט הפרטי, והחוקתי. לדוגמה, ולדוגמה בלבד, אמנה מספר שיקולים רלוונטיים בעיני (מובן, שלכל אחד מהם משקל שונה)[45]:

1. עיקרון ההסתמכות - הן בפן האישי והן בפן הציבורי.
2. האינטרס של המדינה לתמוך במפעל ההתיישבות, ואחריות המדינה כלפיו[45א].
3. זכות הקניין החוקתית, החלה גם על כל אינטרס רכושי.
4. צידוק התפיסה, שמחייב הגנה על החזקה, במיוחד זו שניתנה בהסכמה.
5. צידוק העבודה, שגורס כי צודק להקנות הגנה למי שעבד בנכס ועיבד אותו.
6. הצידוק התועלתני, שמחייב מתן הגנה למתיישבים, אם מבקשים אנו ליישב את הארץ, גם באיזורים בהם זכות הקניין אינה מוסדרת ברישום. פריסת תושבים ברחבי המדינה, על התועלת הכלכלית והבטחונית שבכך תוכל להיעשות רק אם זו תהיה אטרקטיבית (זכויות בנות תוקף).
7. השיקול החברתי, המבקש להבטיח רווחה, קורת גג וביטחון כלכלי לאזרחי המדינה. הביטחון הכלכלי מחייב הגנה על בית המגורים. מאידך, לשיקול החברתי גם פן הפוך, המתחזק בשנים האחרונות. התביעה מהיחיד להתחשב בציבור והאחריות של היחיד כלפי הכלל מצדיקות פגיעה מסוימת בקניין שלו, לטובת הכלל[45ב].
8. כלל הרשימה הסגורה וצידוקיו (לרבות צידוק הדין) מחייבים, לעומת זאת, צמצום היקף זכויות הקניין, על מנת שניתן יהיה להגן באופן אפקטיבי על הזכויות המצויות במעגל המצומצם של הרשימה הסגורה.
9. בעיית רישום הזכויות אינה בעיה של המתיישבים אלא של המדינה, אשר טרם הסדירה את הרישום. לא ניתן להטיל את הסיכון על כתפי המתיישבים.
10. שיקול נוסף מחייב בחינה כיצד נוצרה הרשות המסויימת הנבחנת - האם מכוח פלישה או מכוח הסכם (בין מהגופים המיישבים ובין ממעביר פרטי).



11. בהיבט הכלכלי, הקניית תוקף קנייני לזכויות אלה, הגם שלא נרשמו, תפגע באמינות המרשם, תפגע בסחירות המקרקעין ותגדיל את עלויות העסקה (שכן חובה עלינו לבדוק אפשרות של זכויות שלא נרשמו במרשם המקרקעין). מאידך, מתן תוקף אישי בלבד לזכויות אלה יפחית את ערכן ואת סחירותן, וימעטו הקונים המוכנים לסכן את כספם עבור זכות אישית בלבד.

12. במישור תחרות בין פרטים, העדפה מוחלטת של צד שלישי עשויה להתנגש עם שיקולי צדק ועם הרצון למנוע התעשרות שלא כדין, ואין מקום לאפשר למעקל או לצד שלישי להשיג רווח שלא הוא ולא מעביר הזכות עמלו עליו[46].

13. מכוח שיקולי הפומביות, ניתן לשלול את קניינותה של הזכות כיוון שזו לא נרשמה. אולם, שיקולי הפומביות יכולים גם לתמוך בקניינותה של הזכות, שכן החזקה בקרקע נותנת פומביות לזכות. מתן החזקה משכלל קניין במקרים מסוימים (כגון: משכון מופקד[47], עיכבון[48], שכירות קצרה[49], מסירת נכס מיטלטלין לקונה[50]). מקום בו לא קיימת אפשרות לביצוע הרישום, ומקום בו הרישום בפנקסי המינהל אינו משכלל זכות קניינית[51], ניתן לטעון כי אלמנט הפומביות מושג על ידי חזקה דווקא.

14. בעיה רישומית נוספת כרוכה ברצון שלא לפצל את הזכויות בנחלות יתר על המידה לשכירויות ולשכירויות-משנה, בכדי לשמור על גודל מינימלי של יחידות הקרקע.

15. שאלה רלוונטית נוספת הינה, כיצד החברה התייחסה בעבר (השיקול ההיסטורי[51]א; שיקול זה חשוב, מכיוון שהוא משליך על שאלת ההסתמכות), וכיצד היא מתייחסת כיום לזכויות אלה. האם מקובל לראותן כזכויות ללא ערך, או שמה מקובל לראותן כזכויות הראויות להגנה רחבה.

ניתן להעלות שיקולים נוספים, וכאלה לא חסרים. בירור אמיתי ומהותי של שאלה זו חורג מגדר מאמר זה. בשלב זה אני סבור, כי אין מקום להאריך בכך. לצורך הניתוח שלנו: קיימות שלוש אפשרויות לסווג את זכות המשיבים: בקצה האחד, סיווג זכות המשיבים כזכות אישית בלבד הפוקעת בעת מכירה כפויה או רצונית של ההורים. בקצה השני, סיווג זכות המשיבים כזכות קניינית במקרקעין בעלת תוקף מלא. דומה כי בימינו, לא גישה זו ולא גישה זו תתקבלנה. הצידוקים שמנינו לעיל אינם חזקים דיים כדי להעניק למשיבים זכות קניין מלאה, לא במקרקעין ולדעתי אף לא מכוח המחאה (דהיינו לא ניתן לומר, כי ההורים פיצלו את זכות הרשות החוזית שלהם לשתיים, והמחו את זכות הרשות החוזית שלהם למשיבים, שהרי הם אינם רשאים לפצל את זכותם ואינם רשאים להמחותה באופן חלקי[52]). מאידך, זכותם של המשיבים אינה חלשה עד כדי כך שנאמר, כי מדובר בזכות אישית בלבד. המסקנה תהיה, ככל הנראה, כי לזכויות אלה כוח מעין-קנייני (נסווג את הזכויות כהתחייבות לעשיית עסקה במקרקעין, קרי לרשום את זכות החכירה, או חכירת המשנה בעתיד, לכשניתן יהיה). התוצאה היא, כי תהיה יריבות בין הצד השלישי לבין בעל זכות הרשות, ולכן יש לדון בעוצמת זכותו של הצד השלישי בהשוואה לזכותם של המשיבים.

(2) בדיקת מעמדו של כל אחד מהצדדים כלפי משנהו וסוג התחרות

דומה שלצידו של כל אחד מהצדדים עומדת זכות חוזית לעשיית עסקה במקרקעין. לזכותו של המעקל עומדת מעין-התחייבות לרישום משכנתה במקרקעין, והמשיבים הינם בעלי זכות לרשום חכירת-משנה על שםם בעתיד.

לצורך ניתוח זה אין אנו נזקקים לסיווג מדוייק ופרטני יותר. בכל מקרה, קיים סדר כרונולוגי ברור - המשיבים הם בעלי ההתחייבות הראשונה והמעקל בעל ההתחייבות השנייה. עובדה זו, בצירוף ידיעתו של המערער אודות זכויותיהם של המשיבים (גם אם לא את ההיקף המלא של זכותם), משפיעה באופן מכריע על חלוקת הסיכונים וההכרעה הסופית.

ובכן, לצורך סעיף זה ניתן לומר, כי מדובר בתחרות מסוג עסקאות נוגדות. עתה נותר לעבור לשלב המשנה השלישי ולקבוע, איזה דין יחול על תחרות זאת.



הואיל וקבענו כי מדובר בעסקאות נוגדות, ניתן להחיל על הסוגייה אחת ממערכות הדינים הבאות:

1. דוקטרינת העסקאות הנוגדות במקרקעין (סעיף 9 לחוק המקרקעין) - אם נסווג את הזכויות כנובעות מהתחייבות להקנות זכויות קניין במקרקעין בעתיד.

תמיכה בגישה זו נמצא בפסק-דין **גנז** (המעדיף לראות התחייבויות הנוגעות למקרקעין כהתחייבויות לעשיית עסקה במקרקעין) ובפסק-דין **חיים** [53] (המעדיף ליתן תוקף לעסקה, שהינה לכאורה חסרת תוקף, על ידי ראייתה כהתחייבות להעברת הקניין בעתיד לכשניתן יהיה לעשות כן). תמיכה נוספת נמצא, כמובן, בהלכת **בנק אוצר החייל** ובדברי השופט חשין הקובע, כי סעיף 9 ראוי שישמש כ"דוקטרינת העסקאות הנוגדות" ויחול על מצבים שונים של עסקאות נוגדות.

בפרשת **אלוני** נחלקו הדעות לגבי תחולת ההסדר הקבוע בסעיף 9. השופט דורנר החילה את סעיף 9, בהמשך להלכת **בנק אוצר החייל**. הנשיא לא התייחס לסוגייה והשופט ריבלין הביע את הסתייגותו מהחלת סעיף 9 במקרה דנן.

2. אפשרות שניה הינה להחיל את סעיף 12 לחוק המיטלטלין בשילוב עם סעיף 13(א) לאותו חוק, המחיל את חוק המיטלטלין גם על זכויות, בשינויים המחוייבים.

ההבדל בין אפשרות זאת לבין החלת סעיף 9 הוא, שסעיף 9 - כתנאי לעדיפותו של הקונה השני - מחייב את סיום העסקה ברישום במרשם המקרקעין דווקא ולא במרשמים אחרים, כגון המרשם המתנהל על-ידי המינהל [54]. הוא אינו מסתפק אפילו ברישום הערת אזהרה [55], לא לעניין סעיף זה ולא לעניין סעיף 10 לחוק המקרקעין [56]. לעומתו, סעיף 12 לחוק המיטלטלין - כתנאי לעדיפותו של הרוכש השני - מסתפק בקבלת הזכות או המיטלטלין; קרי, די בהעברת השליטה על הזכות החוזית (וזה ניתנת להיעשות בהסכמה בעל פה או לכל היותר בחתימה על הסכם בין הצדדים) או במסירה פיזית של החזקה במיטלטלין (ובמקרה שלנו של זכות החזקה והשימוש במקרקעין). נראה, כי מקום בו לא ניתן להשלים את העסקה ברישום, יש להעדיף הסדר כזה של זכויות הצדדים.

3. אפשרות נוספת הינה החלת הוראות חוק המשכון, אם נראה את המעקל כבעל זכות משכון מכוח סעיף 2(ב) לחוק המשכון.

סעיף 3(ב) לחוק המשכון קובע, כי "הגבלה או תנאי החלים, לפי דין הסכם, על העברת בעלות בנכס יחולו גם על משכוננו". לכאורה ניתן לומר, כי זכות הרשות של ההורים והגבלה וצומצמה מכוח ההסכם עם המשיבים, ועל כן גם המשכון כפוף להגבלות אלה. בכל מקרה, כדי שיהיה למשכון תוקף, עליו להירשם (סעיף 4(3) לחוק). ניתן לטער את זכות המשכון המאוחרת, רק מכוח תקנת השוק במשכון (סעיף 5 לחוק המשכון), אולם זו מתייחסת רק לנכסים נדים ולא לזכויות (אמנם פרופ' דויטש סובר, כי אין מניעה להחיל תקנת שוק גם לגבי זכויות מופשטות, אולם בכל מקרה המצב החוקי כיום אינו מאפשר זאת [57]). נזכיר, כי בנוגע למקרקעין קיימת תקנת שוק אחרת - זו שבסעיף 10 לחוק המקרקעין.

אני מבקש להציע מקור נורמטיבי נוסף 57א להסדרת התחרות בין זכויות הצדדים, והוא סעיף 3(ב) לחוק המשכון. הואיל ואפילו בעל זכות משכון אינו יכול לממש יותר זכויות מאשר יש לחייב עצמו, לפי סעיף 3(ב) לחוק המשכון (מובן שאם יצליח לעמוד בתנאי סעיפי העסקאות הנוגדות או תקנת השוק, לפי העניין, הוא יצליח לטער את זכותו), אזי קל וחומר שמעקל אינו יכול לעשות כן (מכיוון שמעקל לעולם לא יוכל להשלים את תנאי העסקאות הנוגדות ולא את תקנת



השוק; אולם - וזאת יש לציין, יתכן וקונה בעת מימוש הנכס יוכל לשכלל זכויות אלה, לאחר הרישום).

להשלמת התמונה נאמר, כי לכאורה ניתן גם לשלב את הוראות חוק המשכון בדוקטרינת העסקאות הנוגדות.

ברירת הדין - ההכרעה

ההכרעה בין האפשרויות השונות אינה קלה, אולם לי אישית נראית כאטרקטיבית הגישה השלישית דווקא. הקירבה הרעיונית בין המעקל המיוחד, במקרה שלנו, לבין בעל זכות משכון, "קוראת" לנו לבדוק אפשרות של החלת דין המשכון הספציפי. מי שיזם את הליך המימוש הוא המעקל, ועל כן יש לבדוק, אם בכוחו להתגבר על זכות קודמת, להטוענים המשיבים.

יתרון נוסף לאפשרות השלישית הוא האפשרות ליישב את המחלוקת על פי הדין הספציפי, ולא להיקלע לסוגיות כלליות סבוכות בהרבה, אילו נחיל את סעיף 9. סוגיות אלה אינן צריכות הכרעה במקרה זה[58], אולם הן עלולות להשליך על תחרויות בעייתיות יותר, למשל במקרים של תחרות זכויות בין שני ברי-רשות, או בין קונה לבין בר-רשות, וכדומה.

כפיפות המעקל לזכויות המשיבים באה לידי ביטוי בכך שהוא לא יהיה רשאי לבקש מבית-המשפט למכור את חלקם של המשיבים. כאשר יבוא קונה, הוא ידע מראש כי הנכס הנמכר אינו כולל את בית המשיבים, וייקח זאת בחשבון במחיר שיציע תמורת הנחלה.

14. סיכום

הרוצה להחכים, יעסוק בדיני ממונות[59]. חכם הוא הרואה את הנולד[60], קרי הרואה את ההשלכות הנוולדות כתוצאה מנקיטת גישה זו או אחרת. זו דרכם של דיני הממונות, ובמיוחד דיני התחרות המספקים לנו בכל פעם מחדש חוויית ניתוח אנליטי ומערבים שיקולים מדיני החוזים, הקניין, דיני עשיית עושר ולא במשפט, עקרונות היסוד, ועוד.

פרשת **אלוני** הציבה בפנינו קושי בשלבים של ברירת הדין וסיווג הזכויות, ואכן כל שופט מצא את דרכו, דרך שונה, להכרעה בעניין. לדעתי, על מנת למנוע פריסה כה רחבה של אפשרויות ניתוח, חשובה מאוד עריכת ה"איפוס", על שלביו השונים, על-מנת שנוכל להגיע למסקנה הנכונה - איזה דין עלינו להחיל ואלו שיקולים יהיו רלוונטיים לצורך החלתו.

התשובה הסופית לשאלות שהעלינו בשלב ברירת הדין נגזרת משאלות המשנה, וכפי שראינו - בעניין **אלוני** כל אחד מחברי ההרכב מצא את דרכו לבירור הסוגייה. אני מקווה, כי המתודה המוצעת במאמר זה עשויה לסייע בליבון השאלה - איזה דין יש להחיל על הצדדים.

במקרים כגון פרשת **אלוני**, אך טבעי כי המורכבות האמורה לעיל תפתח בפנינו אפיקים שונים ואופציות הכרעה שונות. במקרים כאלה חשובה, על כן, הדרך להגיע להכרעה זו. יש לכונן טכניקה שתבחן את השאלות השונות בצורה אנליטית, תוביל את המשפטן עקב בצד אגודל, משלב האבחון, לשלב ברירת הדין, ולאחר מכן לשלב ההכרעה. זרימה בנתיב כזה, תוביל את בית המשפט להכרעות, פחות או יותר דומות במקרים דומים, שניתן יהיה לצפות אותן באופן סביר מראש. רק כך יושגו הצדק, הוודאות והיציבות שהשיטה נשענת עליהם.

* ע"א 7139/99 יובל אלוני נ' אליעזר ארז, מקרקעין ג/3 עמ' 135 (ניתן ביום 1.4.04).
** מוסמך במשפטים (אוניברסיטת תל-אביב, 1996) ותלמיד מחקר באוניברסיטת בר אילן לתואר שלישי, מתרגל בדיני קניין ובדיני חברות במכללת "שערי משפט".



1. לסיכום הפסיקה בסוגייה זו ראו: ש. שגב "העבירות והגבלתה - בין קניין לחיוב (בעקבות הלכת חיים נ' חיים)", **מקרקעין** 4/ עמ' 3.
2. נינה זלצמן, "רשיון במקרקעין" **הפרקליט** מב (תשנ"ה) 24, 38-39.
3. ע"א 588/81 **צ'זיק נ' הורוביץ**, פ"ד מ(1) 321.
4. ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב**, פ"ד נג(4) 199 (להלן: "עניין בנק אוצר החייל"). לניתוח של פסק-הדין והשלכותיו על דיני הקניין ראו: ש. שגב **פרקים בדיני קניין חלק ב'** (עין משפט הוצאה לאור, 2002).
5. ככל הנראה, כוונת הנשיא הינה, כי במקרה כזה ההורים צמצמו את הזכות החוזית שלהם על פני כלל הנכס והעבירו את זכות השכירות לגבי אותו נכס מצומצם למשיבים, ולכן העיקול אינו תופס. ראו התייחסותי לעניין זה בפרק 13 להלן.
6. בכל הכבוד, דעה זו אינה נקיה מספקות, ראו התייחסותי בפרק 13 להלן.
7. ע"א 2836/90 **בצר נ' צילביץ**, פ"ד מו(5) 184.
8. ד"נ 21/80 **ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח'**, פ"ד לה(3) 253, 269.
9. ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח'**, פ"ד מט(4) 221.
10. רע"א 9/87 **כונס הנכסים הרשמי ואח' נ' בנק הפועלים בע"מ**, פ"ד מא(2) 275.
11. לדוגמאות נוספות ראו: ש. שגב, **פרקים בדיני קניין חלק א'** (עין משפט, תשס"ב), פרק ראשון.
12. לעניין זה ראו: ש. שגב, **פרקים בדיני חברות** (עין משפט, תשס"ד), עמ' 427.
13. דוגמאות נוספות לאפיונים בעייתיים ראו: ע"א 371/89 **פורד נ' חיים שכטר חברה לבניין והשקעות בע"מ (בפירוק)**, פ"ד מו(1) 49 (אפיון של התחייבות במקום המחאה); ע"א 6439/99 **בניסטי נ' פרח** (אפיון בעיית של "דבר המתנה"; להרחבה בעניין זה ראו גיליון 86 של **חדשות עין משפט**); ע"א 8483/02 **אלוניאל בע"מ נ' אריאל מקדונלד** (אפיון זכות הפרסון כזכות במקום כנכס; להרחבה בעניין זה ראו גיליון 78 של **חדשות עין משפט**).
14. לעניין העדר נורמה משפטית (לאקונה) ראו: א. ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (פפירוס, 1987), 125 ואילך.
15. ראו עוד התייחסותי לחידת העסקאות הנוגדות: ש. שגב, "נגננה הלכת בנק אוצר החייל (בעקבות הלכת גזו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ)", **מקרקעין** 3/ עמ' 30 (להלן: "נגננה").
16. ראו, למשל, פרשת **טקסטיל ריינס**. וראו גם הניתוח בעקבות פרשת גזו: שי שגב, נגננה, הערה 13 לעיל.
17. ע"א 2643/97 **גזו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ**, פ"ד נו(2) 385 (להלן: "הלכת גזו").
18. בנוגע לסוגייה זו ראו: שי שגב, נגננה, הערה 13 לעיל, בעמ' 46-49.
19. וראו הלכת **בוקר** (בר"ע 178/70 **חיים ורנה בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ ואח'**, פ"ד כה(2) 121), אשר שונתה בהלכת **בנק אוצר החייל**. השופט חשין, בהלכת **בנק אוצר החייל**, פירש את הלכת **בוקר** הנ"ל כהעדפת הדין הכללי על פני החלת ההסדר החוקי המופיע בסעיף 9 לחוק המקרקעין.
20. ראה דעתי של השופט ברק בהלכת **בנק אוצר החייל**.
21. הלכת **בנק אוצר החייל**.
22. ע"א 552/86 **באסם זוהיר קניני נ' מחמוד חמיד נאסר ואח'**, פ"ד מג(2) 102.
23. ע"א 277/73 **כונס הנכסים הרשמי נ' "טפחות" בנק משכנתאות לישראל בע"מ ואח'**, פ"ד כט(1) 85; ע"א 654/82 **סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' עו"ד דוד חיות**, פ"ד לט(3) 803.
24. ראו, למשל, פסק-דין של השופט אוקון מביית-המשפט המחוזי בירושלים, שהכיר במשכנתה שביושר (אלא שבסניבות העניין המשכנתה הוסגה באופן חלקי מחמת אי רישום הערת אזהרה במשך מספר שנים): ה"פ (י-ם) 2247/03 **רשף נ' יוסף, מקרקעין** 3/ עמ' 276.
25. ראו דבריו של השופט זוסמן בפרשת **שטוקמן**: ע"א 181/73 **שטוקמן נ' ספיטאני**, פ"ד כח(2) 182. אמנם יש הסוברים אחרת, אולם נראה כי ככל שמדובר בחברות, הפועלות בעולם המסחר, ראוי לחייב רישום בפועל. ראו ש. שגב, **פרקים בדיני חברות** (עין משפט, תשס"ד), עמ' 417 ופסיקה המאוזכרת שם לתמיכה בטענה זו.
26. פרשת ע"א 839/90 **רז חברה לבניין בע"מ נ' אירנשטיין**, פ"ד מה(5) 739. וראו גם מאוטר "עיסקאות נוגדות" ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה (בעקבות ע"א 839/90 **רז חברה לבניין בע"מ נ' אירנשטיין**), **הפרקליט** מ(3) 521.
27. פרשת **גזו**, הערה 15 לעיל.
28. ראו סעיף 588(ב) להצעת חוק דיני ממונות, מתפרסמת בחוברת זו.
29. שי שגב, נגננה, הערה 13 לעיל.
30. בנוגע לצידוקי הקניין ראו גם: י. ויסמן, **דיני קניין - חלק כללי** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם סאקר, תשנ"ג), 16 ואילך; מ. דויטש, **קניין חלק א'** (בורסי, תשנ"ז), עמ' 74.
31. המלומדים מייחסים חשיבות רבה יותר לשלושת הצידוקים הראשונים, על פני הצידוק הרביעי, הוא "צידוק הדין". ראו למשל ויסמן, הערה 27 לעיל, בעמ' 25. לעניות דעתי, דווקא כאשר שלושה צידוקים אלה מכחישים זה את זה, יבוא הצידוק הרביעי וכירע ביניהם - דהיינו מרגע שהמחוקק הכריע בין הצידוקים, אין מקום לפתוח את הדין מחדש, והדין - הוא היוצר את הזכות. בכל מקרה, צידוק הדין ראוי לעיון נוסף.
32. ראו לעניין גישה זו מ. מאוטר, "עיסקאות נוגדות" ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה (בעקבות ע"א 839/90 **רז חברה לבניין בע"מ נ' אירנשטיין**), **הפרקליט** מ(3) 521, ובמיוחד עמ' 530.
33. שגב, **פרקים בדיני קניין חלק ב'** (עין משפט, 2002), עמ' 308 ואילך.
34. ראו סעיף 588 להצעת חוק דיני ממונות, מתפרסמת בחוברת זו.
35. שי שגב, נגננה, הערה 13 לעיל, בעמ' 52 ואילך.
36. קיים ספק האם סעיף 4 לחוק המחאת חיובים מתייחס לעסקאות נוגדות או לתחרות קניינים. לדעתי, סעיף 4 לחוק המחאת חיובים מתייחס לתחרות קניינים ("תקנת שוק בזכויות"). לנימוקים מפורטים ראו: ש. שגב, **פרקים בדיני קניין**, חלק ב' (עין משפט הוצאה לאור, 2002), 302-305.
37. לסקירה מלאה של התנאים הנדרשים בהתאם לכל תחרות ראו: ש. שגב, **פרקים בדיני קניין**, חלק ב' (עין משפט הוצאה לאור, 2002), פרקים 13-15.
38. על השאלה, האם כלל יש תחרות, או לצורך בקיומה של תחרות, כתנאי מקדמי לעצם הפעלת דיני העסקאות הנוגדות, ראו בהרחבה: שגב **פרקים בדיני קניין חלק ב'** (עין משפט הוצאה לאור, 2002), עמודים 270 ואילך.
39. מונח זה טבע השופט חשין בפסיקה.
40. עם זאת, חשוב להבהיר, כי קיימים הבדלים מהותיים בין הערת אזהרה לבין עיקול. עוד נאמר, כי בעקבות פסק-דין **גזו** והצעת הקודיפיקציה, עשויה להיות משמעות לרישום הערת אזהרה, גם בנוגע לעבר, לצורך התגברות על רוכס קודם אשר לא מיהר לרשום הערת אזהרה.
41. ע"א 455/89 **קולמבו נ' בנק למסחר בע"מ**, פ"ד מה(5) 490; ש. שגב, **פרקים בדיני קניין**, חלק ב' (עין משפט הוצאה לאור, 2002), 54-57. הלכת **קולמבו** שונתה בהלכת **קידוחי הצפון**: רע"א 1690/00 מ. ש. **קידוחי הצפון בע"מ ואח' נ' ורד גילי** -



- מפרקת זמנית ומנהלת מיוחדת ואח' (ניתנה ביום 19.5.03). לניתוח הלכת קידוחי הצפון ראו: ש. שגב "מ(קידוחי הצפון) תיפתח הלכה", חדשות עין משפט לשנת המשפט תשס"ג (עין משפט הוצאה לאור, תשס"ד), 369.
- ראו עמדתו של השופט ריבלין, בפרשת נחום, אשר מקל יותר בבחינת הקרטריונים להחלת סעיף 2(ב) לחוק המשכון. לדעתו, סעיף זה יחול גם כאשר המכירה שבעקבות המימוש לא תיעשה לצד שלישי, אלא לנושה עצמו: ע"א 2625/02 סילביו נחום, עו"ד נ' דורנבאום, מקרקעין ג/3 עמ' 162.
39. סעיף 79 לחוק המקרקעין פוטר את השכירות מחובת הרישום לתקופה של עד 5 שנים (עיינו שם). בכל מקרה אחר חל הדין הכללי לפיו עסקה במקרקעין טעונה רישום (סעיף 7(א) לחוק המקרקעין). במקרה שמדובר בדירה או בבית עסק שחוק הגנת הדייר אינו חל עליה, חל פטור מרישום לתקופה של עד 10 שנים בתנאי סעיף 152 לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1972.
40. אלמלא דעתו זו של הנשיא, ניתן היה לומר כי זכות השאילה הינה זכות חוזית, וכזאת לא מדובר בהתחייבות בלבד, אלא בזכות קנויה ומוגמרת.
41. ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204.
42. ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך, פ"ד נג(2) 218.
43. ונבהיר - אם המעקל יבקש למכור את המקרקעין כיחידה אחת, המשיבים יתנגדו לכך. בית המשפט יצטרך להכריע, האם זכותם של המשיבים כה חזקה, עד כי היא עשויה להצדיק עיכוב של המכירה (שכן הגופים המיישבים לא יאפשרו מכירה חלקית). יוכלו המשיבים לטעון, כי הם אינם מעכבים את המכירה, אלא מבקשים לשמור על זכותם, קרי המקרקעין יירשמו על שם הקונה, לרבות השטח המוחזק על ידי המשיבים, אולם זכותם תישמר. לו טענתם היתה מתקבלת, התוצאה היתה שזכותם של המשיבים הינה זכות קניינית, אולם ברור לנו כי הדבר אינו אפשרי, הן לאור כלל הרשימה הסגורה והן לאור טיב הזכות של המשיבים, התלויה בזכות ההורים, והיקפה המצומצם על פי מערכת ההסכמים איתם. מכל מקום, שאלה זו טעונה עיון נוסף, החורג מגדר הדיון הנוכחי, שכן היא שייכת לשלב ההכרעה.
44. אפשרות נוספת, שלא הוזכרה על ידי הנשיא, הינה שהרשות במקרה דנן הינה זכות אישית לחלוטין (שהרי כל השופטים התייחסו לתוקפה של הזכות גם כלפי צדדים שלישיים).
45. הואיל והמקרה נסב על זכויות של מתיישבים על פי הסכם משולש, הוספתי צידוקים המתייחסים גם להם, ולא רק לברי-רשות באופן כללי.
44. ראה פרשת מגדל, הערה 8 לעיל, ולאחרונה בפרשת חזן: רע"א 3145/99 בנק לאומי נ' חזן ואח', פ"ד נו(5) 385.
45. דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה, נ' הורוויץ, מתפרסם בחוברת זו (וראו דעתו החולקת של השופט חשין); ע"א 6417/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית-אטא נ' חנה הולצמן, פ"ד נה(4) 629; ע"א 119/01 אקונס ואח' נ' מדינת ישראל, מקרקעין ב/2 עמ' 417.
46. לדוגמה: אם שוויו של השטח השייך להורים הוא 100, ושווי תוספת הבנייה של המשיבים 20, אזי אם תימכר הקרקע בשלמותה ב-100, הרווח יהיה של הקונה, ואם תימכר ב-120, הרווח יהיה של ההורים. יש להגן על המשיבים מפני התעשרות שלא כדין.
47. סעיף 2(4) לחוק המשכון; סעיף 178(א)(3) לפקודת החברות (נוסח חדש).
48. סעיף 11 לחוק המיטלטלין. לפי סעיף 11(ה) יכול ויהיה עיכוב גם במקרקעין. עם זאת, עיכוב אינו מאפשר להחזיק את הנכס לעד ואינו מקנה לנושה זכות לממש אותו, אלא לעכב אותו עד לפירעון חובו. המתיישבים יעדיפו, בדרך כלל, לשמור את זכות החזקה שלהם ולא לוותר עליה תמורת פיצוי.
49. ראו סעיף 80 לחוק המקרקעין: שכירות קצרה נוגדת.
50. סעיף 33 לחוק המכר.
51. ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך, פ"ד נג(2) 218.
45. להיבטים ההיסטוריים, וכן ליישום ההיבטים השונים של הצידוקים הקנייניים, לצורך הקניית מעמד קנייני לזכויות המתיישבים, ראו: ר. שפירא, "הזכות החוקתית של מתיישבים חקלאיים באדמותיהם", מקרקעין א/2 עמ' 3.
52. לו היו ההורים רשאים להמחות את זכויותיהם, אמנם המשיבים לא היו בעלי זכות קניין במקרקעין, אולם הם היו בעלי זכות קניין בחלק מזכות הרישות, שלא היתה שייכת עוד להורים, ועל כן העיקול לא יכול לתפוס אותה, שהרי העיקול תופס את נכסי החייב ולא נכסים אחרים.
53. ע"א 1662/99 חיים נ' חיים ואח', פ"ד נו(6) 289.
54. ראו הלכת טקסטיל ריינס.
55. ע"א 552/86 באסם זוהיר קניני נ' מחמוד חמיד נאסר ואח', פ"ד מג(2) 102.
56. רע"א 2267/95 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' אדמונד הרטפלד, פ"ד מט(3) 854.
57. מ. דויטש קניין חלק ב' (בורסה), עמ' 192-193. ש. שגב פרקים בדיני קניין חלק ב' (עין משפט הוצאה לאור, 2002), עמ' 388.
45. כאמור, בהלכת בנק אוצר החייל המקור הנורמטיבי להכרעה בין מעקל לבין רוכש היה סעיף 9 לחוק המקרקעין.
58. וזאת מכיוון שכל תחרות מאלה שמנינו לעיל, מובילה להעדפת המשיבים על פני המעקל, אולם לא אכנס לכך במסגרת מאמר זה, שכן ההכרעה נעשית בשלב השני, החורג מתחום דיונו.
59. תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא, דף קעה עמ' ב.
60. תלמוד בבלי, מסכת תמיד, דף לב עמ' א.

