

העבירות והגבלתה – בין קניין לחיוב*

בעקבות ע"א 1662/99 חיים נ' חיים ואח', פ"ד נו(6) 289

מאת

עו"ד שי שגב**

פרק א: מבוא ומסגרת הדיון

1. אחת השאלות המעניינות במסגרת חקר הזכות הקניינית הינה תוקפה של פעולה הנעשית בניגוד להגבלת עבירות. שאלה זו מהווה חלק מדיון נרחב יותר, שאף הוא שנוי במחלוקת בפסיקה, והוא, האם קיימת נקודה ארכימדית כלשהי, במסגרתה הגבלת הזכות הקניינית שוללת אותה מעיקרה^[1].

2. סוגייה זו זכתה להתפתחות בפסיקה - התפתחות בכיוון אחד - שאכנה אותה "הגישה הקניינית" (בעיקר בפסיקה מחוזית: פרשת בנק פולסקא^[2], פרשת אברת^[3], ופרשת מרכז הארגזים^[4]), עבור לגישה אותה אכנה "הגישה התכליתית" (פרשת טקסטיל ריינס^[5]), וכלה בפרשת חיים הנ"ל, בה נתקבלה הגישה, שאכנה אותה "הגישה החוזית".

3. מעבר לעצם הדיון בסוגייה של הגבלת העבירות הקנייניות, יש לסוגייה זו השלכות בעניין התופעה שבה נגעת במאמר קודם^[6], ואליה אתייחס בסוף מאמר זה, והיא - הנטייה הגוברת והולכת לנתח סוגיות בדיני קניין (או לפחות אלה המערבות דיני קניין ודיני חוזים) בכלים חוזיים.

4. מסגרת הדיון שלנו תהיה כדלקמן:

הפרק השני יעסוק בתכונת העבירות בדיני קניין והתייחסות המלומדים אליה. כמו כן, נבחן סוגיות כלליות, כגון התייחסות המחוקק והפסיקה להגבלת עבירות בכללותה.

בפרק השלישי ניכנס למעגל פנימי יותר ונבחן קטגוריות שונות של הגבלות עבירות ותכליתן. כבר עתה נציין, כי אין אני מתיימר לכסות את כל הקטגוריות והאפשרויות השונות בסוגייה זו. בסיום פרק זה נתמקד בסוגייה המצומצמת של נפקותה של פעולה בניגוד לתניית הגבלת עבירות.

בפרק הרביעי נתייחס בקצרה לעמדות המלומדים בסוגייה זו.

הפרק החמישי יתאר את התקדמות הפסיקה מהגישה הקניינית עד לגישה החוזית, תוך שבמהלך הסקירה נעיר את הערותינו.

בפרק השישי נחתום רשימה זו תוך הצגת מסקנותינו ומבט לעתיד.



פרק ב: העבירות בדיני קניין

סימן א: רקע כללי

5. לזכות הקניינית (או - הזכות הרכושית) מאפיינים שונים, המבחינים (או לכל הפחות, ראוי כי יבחינו) בינה לבין חיוב שאינו קניין (או - הזכות האישית). על כך דומה שאין מחלוקת. המחלוקת בשאלה, מהם אותם מאפיינים, המבחינים בין חיוב לקניין. השאלה הכללית הופכת קשה יותר כאשר רוצים ליישם את המבחנים הכלליים בסוגייה קונקרטית, בה מתעורר ספק לגבי קנייניותה של זכות מסוימת^[7], ועל אחת כמה וכמה אם ניקח בחשבון, כי למונח "זכות קניינית" אין משמעות אחידה ומוסכמת, אלא המשמעות משתנה בהתאם לצורכי החברה והזמן^[8] (כך, למשל, אין לשלול התפתחות, לפיה איברים מגוף האדם ייחשבו כנכסים הניתנים להעברה בתמורה^[9]). חכמי משפט ישראלים וזרים הקדישו זמן רב למחקר אודות סיווג זכויות במשפט, כאשר השאלה, מהם המאפיינים המבחינים בין חיוב לזכות קניינית, סייעה להם להבחין בין חיוב לקניין. חשוב להבהיר, כי מלאכת סיווג זכויות אינה מלאכה קלה, ההיפך הוא הנכון^[10].

היא דורשת מחקר מעמיק וכרוכה בשאלות של שיקולי מדיניות, תכלית ויוריספרודנטליות^[11]. גם במשפט המחקרי הישראלי מצויות דוגמאות למלאכת סיווג^[12].

6. כנגד הגישה הדיכוטומית יש הסוברים, כי אין טעם לערוך סיווג דיכוטומי של מאפיינים בין חיוב לקניין (ויתכן שהוא אף חסר תכלית ככזה), ובין הזכות האישית לזכות הרכושית, ואף אין מקום להדביק תוויות של חיוב או קניין באופן כללי, אלא לפי העניין הנדון בלבד. בין מייצגי גישה זו נמצא נשיא בית המשפט העליון, אהרון ברק, שהביע דעתו בפרשת **ורטהיימר**^[13], כי אין להדביק תוויות של קניין או חיוב לזכויות באופן מופשט וכולל, אלא יש לבחון אותן בהקשר בו מדובר. זכות פלונית עשויה להיחשב כזכות חוזית, לצורך תחום פלוני, ולהיחשב כזכות קניינית, לצורך תחום אחר^[14]. לא למותר יהיה להביא את ציטוט דבריו שם:

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

7. לסיווג אד-הוק שכזה קראתי במקום אחר "איפוס" - מלשון איפוס כוונות - תהליך של ברירת דין בסיטואציה העומדת לדיון והכרעה^[15]. כפי שנראה להלן, המחלוקת והתפלגות הדעות שבה, באה לידי ביטוי גם בסוגייה של הגבלת עבירות.

8. הסוגייה האמורה הפכה להיות מורכבת יותר, לנוכח טשטוש ההבחנה בין חיוב לקניין, שלו גורמים שונים ומגוונים, החל בהתפתחות דיני היושר באנגליה^[16], עבור בראייה המודרנית של החיוב, כיצור כלאיים אמביוולנטי - חיוב אישי, מחד, ונכס בעל ערך כלכלי, מאידך^[17] - וכלה במהפכה החוקתית והקניינית מעמד חוקתי לזכות הקניין. לפי סעיפים 3 ו-8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ובמיוחד אם נקבל את גישת התחולה הישירה או העקיפה של חוק היסוד במשפט הפרטי^[18]), זכאי כל אינטרס בעל ערך כלכלי, גם כזה שאינו עולה כדי זכות קניינית, להגנה חוקתית^[19].

אמנם כבר ציינתי, כי יש להבחין בין עצם ההכרה בזכות קניין, ככזאת, לבין ההכרה בכך שאינטרס רכושי זכאי להגנה חוקתית-קניינית (או קניינית-חוקתית)^[20], אולם אין בהבחנה כשלעצמה כדי להפיג את הערפל, שכן עוצמתה של זכות נמדדת גם על פי עוצמת ההגנה עליה.

9. דברים אלה מהווים רקע למחלוקת המלומדים בשאלת אופיו של מאפיין העבירות, או בשאלת טיבה של תכונת העבירות, בהקשר הסיווג הנ"ל. בשאלה זו נחלקו מומחי המשפט בישראל, ולהלן נציג את שתי הדיעות.



סימן ב: גישה ראשונה: עבירות/המירות^[21] כמאפיין עיקרי של הזכות הרכושית-קניינית

10. הגישה הראשונה, המחייבת את קיומה של עבירות (לרבות המירות) בזכות רכושית, הטוענת לתואר "זכות קניינית"^[22], מוצגת על-ידי פרופ' ויסמן. לגישתו, כוחו של הבעלים להעביר את הקניין בזכות רכושית-קניינית, מהווה חלק בלתי נפרד ממנה, ולכל הפחות מהווה ברירת המחדל שלה. נימוקו עימו: זכויות קניין אינן זכויות טבעיות, אלא פרי פיתוח החברה, שהיה לה אינטרס להכיר בזכויות הקניין ככאלה, והיה לה עניין לקבץ את כל הזכויות, שיש להן מאפיין מסויים משותף, תחת קורת גג אחת. ומהו מאפיין זה של זכויות רכושיות, שהינן זכויות קניין? מאפיין העבירות^[23]. אמנם, אין לשלול מקרים, בהם העבירות תוגבל, אולם עקרונית, ובאין הגבלה מיוחדת בחוק, עשויה זכות הקניין שתעבור מאדם לאדם, ואין היא מוגבלת למקבל הזכות המקורי בלבד^[24].

11. פרופ' גנוסר מסביר^[25], כי ההבדל בין החיוב החפצי לבין החיוב האישי הוא טיב הרכב הזכויות והחובות שבין הזכות לבין בעליה. כך, לדעתו, זכות "אישית" תהיה כזאת, אם היא מחייבת או מזכה אדם באופן אישי, בשל תכונות מיוחדות שיש בו, להבדיל מאחרים.

לעומת זאת, זכות "חפצית" הינה זכות העומדת לבעליה, בשל נכס הנמצא בבעלותו, והוא הדין באשר ל"חובה חפצית" - שתיהן קשורות לנכס דווקא, וצמודות אליו בעת העברתו לאחר^[26].

12. גישתו של פרופ' לבונטין היא שתכונת העבירות הינה מאפיין חשוב לזכות הרכושית, אם מדובר בהמירות דווקא, ולא בעבירות כשלעצמה. גם לדבריו, ברירת המחדל של כל זכות רכושית באשר היא, וכל עוד לא הוגבלה, היא, כי הזכות עבירה. הנימוק לכך הוא הריחוק של הנכס ותכונותיו מאישיותו של בעליו (מאפיין הנתיקות). זכות היא אינטרס מוגן, וככל שהוא מוגן יותר, כך גדל ערכו. בעל אינטרס מוגן, היכול למכור את זכותו לאחר ולתרגם את זכותו לכסף, יש לו "יותר" מאשר יש לבעל אינטרס, אשר אינו יכול לעשות כן. לבעלי זכויות יש כרגיל עניין שזכויותיהם תהיינה עבירות. ההגנה המשפטית על אינטרס זה, העושה אותו לזכות, מקיפה גם את האפשרות להעבירו, ככל שהיא אינה מנועה מחמת אופיו של האינטרס או מחמת תקנת הציבור^[27]. למרות כל האמור, פרופ' לבונטין סובר, כי תכונת העבירות כשלעצמה אינה מיוחדת לזכויות קניין, ועל כן כשלעצמה, אין היא מייחדת אותן^[28], וזאת להבדיל מתכונת ההמירות^[29]. לדעתו, זכות לתת נכס במתנה או בירושה בלבד, ולעולם, באף גלגול, לא למכור אותו, אינה, לדעתו, זכות רכושית. הוא מסכם דבריו בכך שזכות קניין מתאפיינת בנתיקות דו-צדדית, נתיקות מבעל הזכות (רכושיות)^[30], ונתיקות מכל אדם מסוים שכנגד (עצמאות)^[31]^[32].

13. מבין המאפיינים המבדילים בין חיוב לקניין מציין פרופ' פרידמן את יכולתו של בעל הקניין, לרוב, לממש את זכותו, ללא תלות בזולתו^[33]. זכות המימוש רחבה ורבת היקף, וכוללת גם את מכירת הזכות והעברתה לאחר. לכאורה, ככזאת, זכות הקניין מאופיינת בעבירות, זאת לעומת החיוב. עם זאת, מציין פרופ' פרידמן, הבחנה זו אינה כה חדה, ואפשרות המימוש מצד בעל הזכות הקניינית מחייבת שיתוף פעולה מצד החייב, וקיום חובת ההימנעות שלו מלהפריע לבעלים ממנימוש זכותו^[34].

יצוין כי פרופ' פרידמן רואה את ההבחנה בין חיוב לקניין כנעוצה במאפיינים אחרים - זמניות החיוב והצורך של שיתוף פעולה מצד החייב^[35].

סימן ג: הגישה השנייה: עבירות אינה מאפיין ייחודי של זכות הקניין

14. נושא הדגל של גישה זו היה פרופ' טדסקי, שהביע את דעתו בשני מאמרי ביקורת על עמדתו של פרופ' ויסמן^[36]. במאמרו הראשון, "על זכות הקדימה במקרקעין"^[37] ציין פרופ' טדסקי, כי מחד גיסא, לא רק זכויות קניין, אלא גם חיובים ניתנים להעברה^[38], ומאידך גיסא קיימות זכויות קניין, שאינן ניתנות להעברה. לא זו בלבד, העבירות אינה שייכת לזכות עצמה שהיא מתייחסת אליה, ואינה יכולה להיות כזאת, כשם שאין הכוח המשליך את האבן נחשב כשייך לאבן המושלכת, אלא חיצוני לה. כך, למרות שהעבירות נספחת לזכות, עדיין היא מהווה יכולת, שכנגדה קיימת כפיפות, אולם לא זכות, שכנגדה חובה^[39]. במאמרו "קניין ועבירות"^[40] הוא מציין, כי הזכויות מדיני הקניין ומדיני החיובים בדרך כלל תהיינה עבירות, אולם אפשר שדין יגביל את עבירותן או ישלול אותן לחלוטין, ובכל זאת לא יוציאן מגדר מהותן כחיוב או כקניין^[41].



15. גם פרופ' דויטש סבור, כי למרות שהזכויות הקנייניות המובהקות הן עבירות, ובמקרה המובהק יש לייחס לזכות הקניין כוח עבירות חזק, אף חזק מזה של החיוב, למרות זאת אין לדעתו הכרח בתכונת העבירות, לשם קיומה של רכושיות, ואין בה הכרח לצורך סוגיית הקנייניות, שכן זכות קניין אינה חדלה מלהיות כזאת בשל הגבלת עבירותה[42]. למרות זאת, פרופ' דויטש חולק על פרופ' טדסקי, בכך שלדעתו אמנם תכונת העבירות הינה כוח המופעל מבחוץ על הזכות, אולם "סופו טמון בראשיתו" - הסיגולת להיות כפופה לכוח העבירות, היא עצמה חלק מתכונותיה של זכות מסוימת, ולא של זכות אחרת[43].

סימן ד: הגבלת עבירות "פנימית", לעומת הגבלת עבירות "חיצונית"

16. יש להבחין בין הגבלת עבירות "חיצונית" לזכות עצמה, לעומת הגבלת עבירות "פנימית" אימננטית לזכות, המהווה חלק בלתי נפרד הימנה. טלו לדוגמה את זכות הבעלות במקרקעין. זכות הבעלות מקנה לבעליה את הזכות "להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם"[44]. עבירותה של זכות הבעלות, כשלעצמה, אינה מוגבלת. זאת ועוד: לזכות הבעלות, כשלעצמה, תכונות אחידות ואוניברסליות, שכלל, אינן מגבילות את עבירותה (הגבלה כזאת, אם נעשתה בחקיקה, כפופה לפסיקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). אמנם, יכול הבעלים להגביל את זכותו בהסכם - הגבלה זו תהיה "חיובית", דהיינו חיוב הנספח לבעלות עצמה. בעת רישום שטר המכר בלשכת רישום המקרקעין לא תירשם ההגבלה, אלא אם כן יוסף רישום נפרד של הערת אזהרה להימנע מעשיית עסקה[45]. על כן, כמו שיש חיוב הנספח למתנה (להבדיל ממתנה על תנאי[46]), כך - הגבלת עבירות כזאת תהיה חיוב הנספח לזכות הקניין. משמעות ההגבלה היא תחולת דיני העסקאות הנוגדות, במקרה של עסקה הנעשית בניגוד להגבלה. במלים אחרות, עסקה הנוגדת את ההגבלה תהיה תקפה, ובכוחה להעביר את זכות הקניין, כשהיא טהורה מכל פגם, לרוכש שמילא אחר שלושת התנאים הנקובים בסעיף 9 לחוק המקרקעין.

17. לעומת הגבלה זו, קיימת גם הגבלה פנימית, אימננטית, לזכות, שהינה חלק בלתי נפרד ממנה. ככל שבחיוב[47] עסקיני, הרי לצדדים שמורה זכות העיצוב[48], והם יכולים לעצב אינסוף חיובים. ככאלה, הם רשאים ליצור חיוב, המוענק באופן אישי לפלוני בלבד ואינו ניתן להעברה: "זכותו של נושה... ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה"[49]. לאור לשון החוק: "נשללה עבירותה" נראה, כי הגבלה כזאת הינה הגבלה פנימית של הזכות, השוללת את עצם הזכות להמחאתה, ולכן זו לא תהיה ניתנת להעברה בשום אופן שהוא, גם לא לקונה תם לב, ולא יהיה תוקף להמחאת זכות כזאת, שעבירותה הוגבלה. דוגמה נוספת ואחרת להגבלה אימננטית של עבירות הינה תוספת הכיתוב "למוטב בלבד" או "לא סחיר" על שיק. הגבלה כזאת על עצם סיחור השיק או הסבתו (מכוח פקודת השטרות[50] והפסיקה שפירשה אותה[51]) שוללת את עבירות השטר, ורק הנפרע המצויין בו (בין הנפרע הראשון ובין הנסב) יוכל להיפרע ממנו. להבדיל מההגבלה החוזית, הגבלה זו על זכות הקניין נקבעה בחוק - הפה שהתיר הוא הפה שאסר - המחוקק, שכוון את השטר, הוא גם זה שקבע את גבולות סחרותו.

והוא הדין לסעיף 13 לחוק המקרקעין, הקובע הגבלה "פנימית" על זכות הבעלות, לפיה ככלל אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, אלא אם כן קיימת הוראה מיוחדת בחוק המתירה עסקה כזאת[52].

סימן ה: נפקות המחלוקת לעניינו

18. יכול ותישאל השאלה הבאה: בדוננו בסוגייה של הגבלת עבירות, מה רלוונטיות מצאנו בעצם השאלה, האם עבירות הינה מאפיין של זכות הקניין, אם לאו? לעניין זה סבורני, כי יכול ותהיה השפעה למחלוקת זאת על נפקותה של פעולה בניגוד להגבלה. במה דברים אמורים? הואיל ותיתכן אפשרות, כי הגבלת עבירות תשלול כל תוקף לעסקה, והואיל וניטשת מחלוקת באשר לטיבה של זכות הקניין הרכושית בהיבט זה, אזי לכאורה, לדעת הדוגלים בגישה הראשונה, יתכן לומר כי הגבלה מוחלטת של העבירות תשלול את קניינותה, זו תהפוך לזכות אישית באופייה, וככזאת תוגבל עבירותה באופן פנימי. לעומת זאת, אלה הסבורים, כי עבירות הינה תכונה תוצאתית או לכל הפחות תכונה שאינה הכרחית, עדיין יתכן לומר, שגם הגבלה טוטאלית של העבירות לא תשלול את קנייניות הזכות וכוח העבירות שלה, ולכן הגבלה כזאת תפעל באופן חיצוני בלבד, ולא פנימי ואז עסקה המנוגדת להגבלה תהיה בת תוקף אך כפופה לדיני העסקאות הנוגדות, כפי שאמרנו לעיל.



סימן ו: גישת המחוקק

19. ככלל, המחוקק אינו אוהד הגבלת עבירות במשפט הפרטי, ובמספר הוראות הפזורות בחקיקה צמצם את תוקפן של תניות הקובעות הגבלת עבירות. לדוגמה: סעיף 34 לחוק המקרקעין קובע, כי לא יהא כוחה של תניה בהסכם שיתוף, המגבילה את אחד השותפים או את כולם מעשיית עסקה בחלקם, יפה מעל לתקופה של חמש שנים. סעיף 37(ב) לחוק המקרקעין מקנה שיקול דעת לבית-המשפט להורות על פירוק השיתוף, למרות קיומה של תניה המגבילה זכות זאת. סעיף 42 לחוק הירושה מאפשר קביעת "יורש אחר יורש" אולם קובע מפורשות, כי היורש השני יזכה אך ורק במה שיתיר היורש הראשון, ומקנה תוקף ליורש עתידי אחד בלבד. סעיף 22 לחוק השכירות מחייב הסכמה של המשכיר להעברת השכירות על-ידי השוכר, אולם מסייג את הצורך בהסכמה, בתנאים. ככל שמדובר בהתנאה בלתי סבירה בנוגע להעברת שכירות במקרקעין, יהיה רשאי השוכר להעביר את השכירות ללא הסכמת המשכיר (סעד עצמי). יתכן וגם במקרים אחרים לא יהיה תוקף להגבלת עבירות, לדוגמה הגבלת עבירות של מניות הנסחרות בבורסה, ועוד.

20. למרות האמור, ספר החוקים מכיל הוראות רבות המגבילות את עבירות הקניין, בעיקר מקום בו העברת הזכות נעשית על-ידי רישום בפנקס, וזאת מכיוון שמועד העברת הזכויות מהווה תחנת בדיקה וביקורת מצד השלטונות, וכן אפשרות להפעלת לחץ על הצדדים, המעוניינים לסיים את העסקה.

כך, המחוקק מחייב המצאת אישורים על תשלום חובות לרשויות המס, הוא מחייב רישום כתנאי להעברת הבעלות, הוא מחייב סילוק חובות לרשות המקומית ובמקרים מסוימים הוא מגביל אקטיבית את העבירות מכוח שיעבוד שיצר על פי פקודת המיסים (גביה).

סימן ז: גישת הפסיקה

21. ככלל, גישת הפסיקה - בעקבות המחוקק - הינה לצמצם ככל האפשר את ההגבלות ארוכות הטווח על זכויות, וזאת בשלוש טכניקות: הטכניקה האחת הינה "שדרוג" הזכות, הטכניקה השנייה הינה מתן אפשרות להשתחרר מההגבלה, והטכניקה השלישית הינה מתן תוקף להגבלה ברובד הקנייני, אולם לא החוזי.

22. באשר לטכניקה הראשונה, הדוגמה המובהקת שלה הינה "שדרוג" זכות החכירה לדורות לכדי זכות קניינית. כך, החכרת נכס לתקופה של 999 שנה (הגבלת הבעלות על-ידי מסירת השימוש והחזקה לאחר לתקופה ארוכה מאוד) נחשבת על פי הפסיקה דהיום כמכירת הנכס^[53] (כוונתם המסתברת של הצדדים). באופן זה, הבעלים שהגביל את זכותו, איבד אותה^[54].

23. הטכניקה השנייה הינה מתן אפשרות לקביעת "תחנות יציאה", בהנחה, כי צריך לאפשר לאנשים לפתוח דף חדש ולהשתחרר מחוזים ארוכים. כך, למשל, ככל שמדובר בחוזה שלא נקצב בזמן, רשאי כל אחד מהצדדים להביא לסיומו בהודעה זמן סביר מראש^[55]. זכותו של שותף להביא לפירוק השיתוף "בכל עת" פורשה באופן נרחב^[56]. במקרים של "מבוי סתום" בחברה, או במקרי קיפוח, קיימת נטיה לאפשר מכירה כפויה של מניות המיעוט לבעלי מניות הרוב^[57]. גם נשים לב, כי זכות השכירות מאפשרת מתן שימוש וחזקה לאחר "שלא לצמיתות"^[58], ולא הוכרה זכות קניין^[59] מסוג "חזקה ושימוש לצמיתות"^[60]. יתכן ונקודת המוצא לעמדתו של המחוקק היא, כי מתן זכות חזקה ושימוש לתקופה מוגבלת, ארוכה ככל שתהיה (ואפילו 3,000 שנה^[61]), הינה עדיין סופית ובסיומה זכות זאת תשוב לבעלים, ואילו הגבלת עבירות לצמיתות קשה מדי. לעיתים, יחול דין הסיכול על התחייבויות שקיומן נעשה בלתי אפשרי בחלוף השנים^[62], ועוד.

יסוד עיוני נוסף, המשלים את עיקרון "פתיחת הדף החדש", הוא שאין לגזור על בעל הזכות גזירה שלא יוכל לעמוד בה או שאין עניין למחוקק לאפשר לו להגביל אותה כך (תקנת הציבור)^[63], אפילו אם קיבל אותה על עצמו מרצונו הטוב והחופשי. אחת הדוגמאות המובהקות לכך בפסיקה של השנים האחרונות הינה התייחסות הפסיקה להגבלת חופש העיסוק^[64]. הזכרתי דוגמה זו, שכן הנשיא ברק מתייחס להגבלה זו כהגבלה על הקניין^[65]: "עבודתו (של העובד - ש.ש.) היא רכוש, החומרי והרוחני. היא הבסיס לסיפוקו ולהגשמת עצמו. חופש הבחירה שלו הם חיינו. כושרו לבחור לעצמו עיסוק הם מקור חיותו וקניינו."



מלבד אלה נראה לי, כי סעיף 14(ב) לחוק החוזים הכללי (ביטול חוזה מחמת טעות חד צדדית) יכול וייושם בדרך של היקש במקרים המתאימים (ובמיוחד באותם מקרים שאינם נופלים, מגדר טיבם וטבעם, לקשת המקרים המצומצמת של אי חוקיות, אי מוסריות וניגוד לתקנת הציבור). בית-המשפט רשאי להכתיב את התנאים ואת הנסיבות להשתחרר מחוזה ארוך טווח מחמת טעות סובייקטיבית שאירעה בעת כריתתו שנים קודם לכן.

24. הטכניקה השלישית הינה צמצום ההגבלה לרובד הקנייני בלבד, והכרה בעצם קיומה של ההתחייבות החוזית. דוגמה ידועה לכך הינה פירוש הפסיקה את סעיף 13 לחוק המקרקעין[66]. דוגמה נוספת הינה ההקלה וההגמשה שחלה עם השנים בדרישת הכתב[67].

25. כפי שנראה להלן, גישה כללית זו של הפסיקה הובילה אותה מראיית הגבלת העבירות (במישור הפנימי) כבעלת תוקף קנייני, לראייה חוזית, בעלת תוקף חיובי-אישי.

פרק ג: דוגמאות להגבלת עבירות

סימן א: כללי

26. בפרק זה נתייחס למקרים בולטים של הגבלת עבירות, מהסוג של צורך בהסכמה לטובת צד שלישי (להלן: "הזכאי") בחקיקה ובפסיקה, ובסיומו נמקד את הדיון בהגבלה ה"קלאסית" נשוא דיוננו.

סימן ב: הגבלת עבירות לצורך הבטחת תשלום

27. הדוגמה הבולטת להגבלת העבירות בקבלת הסכמה של הזכאי, הינה בחוזי חכירה עם מינהל מקרקעי ישראל, וזאת להבטחת אינטרס המינהל לגבות "דמי הסכמה" בעת מכירת החכירה[68]. כפי שנראה להלן, בתחילה הגבלה זו פורשה כעוקרת את כוחו של בעל הזכות להעבירה, ובהמשך פורשה לפי הגישה התכליתית (פרשת טקסטיל ריינס), ועד לגישה החוזית (פרשת חיים).

28. הגבלות נוספות כאלה, הינן כאמור, התנאת רישום זכויות בלשכת רישום המקרקעין, בהמצאת אישורים שונים על תשלום חובות לשלטונות המס[69]. לגבי אלה ברור, כי אין בהן לאיין את העסקה החוזית של העברת הזכות (אדרבה - למדינה יש עניין בביצוע עסקאות רבות ככל האפשר, שכן אלה יוצרות הכנסות נאות לאוצר שלה), אלא הן נועדו ליצירת מחסום טכני בדרך להשלמת הרישום.

סימן ג: הגבלת עבירות לצורך הגנה על בטוחה

29. העיקרון הכללי הוא, כידוע, שמשכנתה, או משכון, או שיעבוד, כשלעצמם, אין בהם כדי להגביל את החייב (הממשכן) מעשיית כל עסקה בנכס הממושכן, בכפוף לתנאי ההסכם היוצר את הבטוחה[70]. תניה נפוצה בהסכמים כאלה הינה התנאת עשיית פעולות מסוימות בנכס הממושכן, בהסכמה מוקדמת של הנושה, וזאת על-מנת למנוע ביצוע פעולות חד-צדדיות, שעלולות להשפיע על ערכה של הבטוחה ולהגדיל את הסיכון של הנושה המובטח.

30. הגבלה כזאת יכול ותיעשה לגבי שיעבוד צף, שם היא נחוצה מאוד, שכן ככל שמדובר במלאי (שהינו הנכס הטבעי לשיעבוד שכזה) קשה להגן עליו בגלל נזילותו. קיימים לכך נימוקים לא מעטים, ביניהם עצם העובדה ששיעבוד שוטף מאפשר ביצוע פעולות ללא פיקוח הדוק; וכן העובדה, כי הנכסים הספציפיים המופיעים במלאי אינם רשומים במרשם פומבי; סחירותו של המלאי והקלות היחסית בה ניתן לערבו עם נכסים של צד שלישי. נימוקים אלה ואחרים יוצרים קושי למימוש זכות העקיבה במקרה הצורך, ועל כן גם פוגעים משמעותית בכוחו של ביטחון זה וברמת הביטחון שהנושים המובטחים מייחסים לו (הבאה לידי ביטוי בהיקף האשראי הנמוך, שהם מוכנים להעמיד כנגדו).



הדרך העיקרית להבטחת זכותו של הנושה בשיעבוד הצף הינה הגבלת כל עסקה במלאי, שלא במסגרת מהלך העסקים הרגיל. אולם גם לגביה, אליה וקוץ בה: אם ההגבלה תהיה קיצונית עד כדי שתפגע במהלך העסקים הרגיל ברכוש המשועבד, יכול והיא תביא לאיון השיעבוד מעיקרו [71]. ובנוסף, המחוקק קובע, כי הטלת שיעבוד קבוע "רגיל" [72] בניגוד להגבלת עבירות אינה בטלה, אלא נחותה מפני השיעבוד הצף, אף אם ההגבלה נרשמה [73]. אף בטרם תיקון סעיף 169 לפקודת החברות נפסק, כי אין בכוחה של ההגבלה שלא נרשמה, לאיין את השיעבוד הנוסף, ואף אין בה כדי להכפיפו, אם מקבל השיעבוד השני קיבל אותו בתום לב [74].

31. ככל שהדבר נוגע להגבלות בשיעבוד קבוע, התמונה בהירה פחות. לפי הגישה הקניינית, הגבלה כזאת שוללת את כוחו של הממשכן (החייב) להעביר את הזכות, והתיימרותו לעשות כן נטולת כל תוקף, גם בפן החוזי שלה. על פי הגישה החוזית, עצם ההתחייבות תהיה תקפה אולם לא ניתן יהיה לממשה. בהתפתחות הפסיקה בנקודה זו ניגע בהמשך.

32. על פי סעיף 3(ב) לחוק המשכון: "הגבלה או תנאי החלים, לפי דין או הסכם, על העברת בעלות בנכס יחולו גם על מישכונו". לפיכך, התניית העברת בעלות בהסכמת הנושה, תפעל אוטומטית גם להגביל את מישכונו הנכס לאחר. הטעם לכך פשוט: מישכון הנכס צופה את מימושו (והעברת הזכויות בו) אם לא ייפרע החיוב [75]. במקרה כזה תהיה כפופה העברת הזכות (בין רצונית ובין כפוייה) להגבלה, ועל כן ראוי להגבילה מלכתחילה [76]. גם כאן תישאל השאלה, האם הגבלה "עקיפה" זו (מכוח סעיף 3(ב) לחוק) כוחה יפה לשלול מלכתחילה את תוקפו של השיעבוד, או לקיימו בכפיפות להגבלה.

33. אני רואה באינטרס של הנושה להגביל את משכונו הנכס לאחרים, כאינטרס בעל משקל, שיש להתחשב בו, גם כאשר הנכס עצמו מאפשר, מבחינת ערך המימוש שלו, את משכונו הנכס לאחר, בדרגה שניה, מבלי לפגוע - תיאורטית - בשווי הבטוחה. הסיבה לכך היא שבחיי המעשה קיומו של נושה נוסף מערים קשיים על ביצוע המימוש. די בכך שהוא יופיע במרשם הזכויות, כדי שיהיה צורך לערב את הנושה הנוסף בהליך, להישמר מפגיעה בזכויותיו, לוודא המצאת מסמכים אליו בכל שלב, לקבל את עמדתו לכל פעולה, ולעיתים הנושה המאוחר ידרוש לעכב את המימוש מכיוון שניתן להפיק מהנכס תמורה גבוהה יותר (כאשר הפער האמור אינו משפיע על זכויות הנושה המובטח), ועוד. עם זאת, יש לאזן את האינטרס של הנושה, עם חובת תום הלב שלו וזכות הקניין של החייב, מחד גיסא, ולהתחשב בציבור הנושים הכלליים, מאידך [77].

סימן ד: הגבלת עבירות לצורך הגנה על אדמות ציבוריות

34. הגבלת עבירות נוספת, המוסדרת בחקיקה, הינה הגבלה על העברת הבעלות שמטרתה הגנה על אדמות המדינה או אדמות של רשויות מקומיות. בסעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל נקבע העיקרון הכללי, לפיו "מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת". לכאורה, הגבלה ברמה כזאת של עבירות חותרת תחת זכות הקניין של המדינה בקרקעות אלה (לפחות לפי הגישה הראשונה דלעיל), אולם חוק מקרקעי ישראל, תש"ך-1960 מאפשר העברת בעלות במקרים המפורטים בסעיף 2 שבו, וחוק היסוד אינו אוסר את עסקאות החכירה לדורות.

35. הגבלה דומה מצויה בפקודת העיריות, האוסרת על מכר מקרקעין, החלפתם או מישכונם, שלא על פי החלטת המועצה ברוב חבריה ובאישור השר או מי שהוא הסמיך לכך [78], והאמור לעיל חל גם על השכרת נכס לתקופה העולה על חמש שנים [79]. אף התמורה שתקבל ממכירת מקרקעין של העיריה תשמש אך ורק לקניית מקרקעין [80]. זאת ועוד, מכר מקרקעין נכלל בעסקאות, שההתקשרות בהן צריכה להיעשות על-ידי מכרז [81]. באשר למועצה מקומית, פקודת המועצות המקומיות קובעת הגבלה מחמירה יותר: "מועצה מקומית לא תהא רשאית למכור מקרקעין הרשומים על שמה או כל זכות בהם, למשכנם, להשכירם, להחליפם או להוציאם מרשותה בדרך אחרת או לעסוק בהם באופן אחר, אלא באישורו של הממונה" [82].



סימן ה: הגבלת עבירות מטעמי פיקוח ויצירת קבוצה הומוגנית

36. קטגוריה זו בעייתית ואף נדונה בפסיקה במספר הקשרים. דוגמה אחת לכך הינה הגבלת עבירות באדמות מינהל מסוימות, לצורך יצירת קבוצת חוכרים בעלי תכונות מסוימות המגשימות אינטרס פלוני של המינהל. דוגמה לכך מצאנו בעניין וייס [83] (לגבי בית-הספר החקלאי מקווה ישראל), בו התעוררה השאלה, האם רשאי המינהל להתנות את הסכמתו להעברת זכויות החכירה, בכך שמקבל ההעברה יאושר על ידי בית הספר החקלאי מקווה ישראל, דהיינו, ההעברה הוגבלה לבית הספר עצמו או למי שנמנה עם צוות עובדיו.

אין ספק, כי הגבלה זו פוגעת מהותית בזכות הקניין, מגבילה את עבירותו ובכך גם מורידה את ערכו. למרות האמור, באותו מקרה בית-המשפט העליון החליט לקבל את ערעור המדינה ולקבוע, כי התנאה זו סבירה, תוך שהזכיר, כי המשיבים זכו בזמנו בתנאים מועדפים בעת קבלת השיכון.

37. דוגמה נוספת, בעייתית יותר, קשורה בהכוננת אוכלוסיה בהתאם לשיקולי דת או לאום. האם סעיף המחייב רוכשי דירה בשכונה חרדית, למכור את זכויותיהם לרוכשים חרדיים בלבד [84], תואם את תקנת הציבור? האם סירוב לקבלת חבר ליישוב בשל מוצאו, או הלאום שלו, חוקי? כעיקרון, יש מקום להכיר באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן לשמר את ייחודן - זוהי זכות השתייכות האוטונומית לקהילה הומוגנית [85]. למרות זאת, בפרשת קעדאן [86], פסל כית המשפט העליון, ברוב דעות, את הקצאת הקרקע על רקע לאומני, מחמת הפליה. מאותו נימוק נפסלו פרוספקטיבית (אולם לא רטרואקטיבית) תנאים מועדפים שניתנו לרוכשי דירה ביישוב החרדי אלעד ולא ניתנו לאחרים [87]. השאלה תתחדד כאשר הצדדים לחוזה יהיו אישיות משפטיות הפועלות במשפט הפרטי ולא גופים ציבוריים, כדוגמת המדינה, או גופים דו-מהותיים כדוגמת המינהל, הסוכנות היהודית וכדומה.

סימן ו: הגבלת עבירות מטעמים נוספים

38. קיימים נימוקים נוספים לצורך בהגבלת עבירות - נימוקים בטחוניים [88], בריאות הציבור [89]; הגנה על קטינים [90] ופסולי דין [91]; הצורך לוודא, כי מי שמחזיק או יחזיק בנכס פלוני, יהיה בעל רישיון [92], או תושב ישראל [93]; מניעת הטעיה [94] או הפקעת מחירים [95], השבת אבידה לבעליה [96], כלל האחדות ברישום מקרקעין [97] והרצון לוודא את גמירות דעתו של המעביר, בטרם ביצוע ההעברה [98], ועוד.

סימן ז: סיכום פרק זה

39. כפי שראינו, עשויים להיות צידוקים רבים ומגוונים להגבלת עבירות, חלקם בעלי אינטרס מהותי בהגבלה, כדי להבטיח, כי הנעבר יימנה עם קבוצה מסוימת של נעברים רצויים (לדוגמה - בעלי רישיון). סוג אחר של צידוקים אינו מתייחס למיחות הנעבר, אלא לתכונות הקשורות בנכס דווקא, או במעביר (חוב הרובץ על הנכס, או על המעביר) וההגבלה נועדה לאפשר הגנה על זכויות אחרות של הזכאי, שאינן קשורות בהעברה דווקא, או בנעבר.

40. כאשר דנים אנו בהגבלת עבירות במסגרת הסכם, עניין לנו בחופש החוזים, ובעיקרון יש לכבד ולאכוף את ההגבלה החוזית. עניין לנו גם בפן הקנייני, הטוען לשלילה מוחלטת של כוחו של המתחייב, להעביר את הנכס שלא בהתאם לתנאי ההעברה. מאידך, קיים עיקרון החוקיות, תקנת הציבור ועיקרון תום הלב, הדורש מאיתנו להתחשב גם בחייב, והתובע סולידריות בין הצדדים בקיום החוזה. נימוקים אלה ואחרים הם הבסיס למחלוקת, מה דינה של הגבלת עבירות רצונית, ופעולה בניגוד לה. מכאן ואילך נעבור אפוא לדון בהתפתחות סוגייה זו על פי הפסיקה.



פרק ד: עמדת המלומדים בסוגיית תוקפה של הגבלת עבירות

סימן א: עמדתו של פרופ' ויסמן

41. בחיבורו על חוק המשכון, פרופ' ויסמן מסתמך על סעיף 6 לחוק המשכון, ולפיו סובר, כי בכוחה של ההגבלה לשלול את כוחו המשפטי של החייב לשעבד את הנכס פעם נוספת [99]. לעניין הכפפת צדדים שלישיים, די בכך שמקבל המשכון הנוסף ידע על קיומו של משכון ראשון, אפילו לא ידע על קיומה של ההגבלה עצמה [100].
42. בחיבור מאוחר יותר פרופ' ויסמן מתייחס להגנתו של הצד השלישי מפני תניה אישית של הגבלת עבירות. במקרים בהם לא ניתן פומבי להגבלה זו, הוא מציע להיזהר מלהקנות לה נפקות קניינית, אלא להותירה בעלת נפקות בפן האישי בלבד. לעומת זאת, כאשר ניתן פומבי לעצם ההגבלה, או כאשר הצד השלישי יודע עליה בפועל, אפשר לקבל את התוצאה, שהגבלת העבירות תשלול את עצם היכולת של בעל הנכס להעבירו [101].

סימן ב: עמדתו של פרופ' דויטש

43. פרופ' דויטש סובר, כי יש להבחין בין הגבלה, אותה כינינו כאן "פנימית", לבין הגבלה "חיצונית". לדעתו, תיתכן הגבלה השוללת מיניה וביה את עבירותה של הזכות, כאשר מדובר בזכות חוזית, וההגבלה הינה חלק מתנאיה. במצב כזה הדעת נותנת, כי הגבלת עבירות זאת שוללת את עצם הכוח לבצע את העברת הזכות, ולא רק את החופש לכך [102]. אולם כאשר מדובר בהגבלה חוזית על זכות קניינית, אין היא מועילה בהכרח למנוע את עבירות הקניין, ולהפוך אותה לבלתי אפקטיבית לחלוטין [103]. דוגמה לכך הינם דיני העסקאות הנוגדות. גם כאשר הצד השלישי נחות, אין לומר כי הקניין לא עבר אליו - הקניין עבר, אלא שיהיה כפוף, במקרים המתאימים, לזכותו של הצד הראשון, לטובתו ניתנה הגבלת הזכות.

סימן ג: עמדתו של פרופ' לרנר

44. פרופ' לרנר מציע גישה תכליתית: גם כאשר מדובר בהגבלת עבירות של זכות, יש לפרש את טיבה, טבעה ותכליתה של הגבלת הזכות. לא כל תניה של הגבלת זכות מבטאת את רצון הצדדים להגביל את עבירותה. לעיתים היא באה להגשים מטרה אחרת. במצב כזה, אם הוגשמה המטרה האמיתית, התכלית שהצדדים ייחסו לתניית הגבלת העבירות, אין מקום לומר כי עסקה בניגוד לה תהיה בטלה, מיניה וביה [104].

פרק ה: התפתחות הפסיקה, מהגישה הקניינית עד לגישה החוזית

סימן א: הגישה הקניינית

45. כפי שצינו לעיל, לפי הגישה הקניינית, להגבלת עבירות תוקף קנייני, השולל את כוחו של המעביר להתחייב פעם נוספת, ולמעשה מאיינת מעיקרה כל התחייבות שאינה ממלאת אחר תנאי ההגבלה. דוגמה לגישה זו מצאנו במספר פסקי-דין מחוזיים [105] בעשור הקודם. נציג שלושה [106] מהם לקמן.
46. בשני פסקי-דין, שניתנו על-ידי נשיא בית-המשפט המחוזי דאז, ד"ר וינוגרד [107] אומצה גישתו של פרופ' ויסמן, לפיה "הסכם מישכון האוסר על מישכון נוסף, שולל את עצם היכולת של החייב לשעבד את הנכס פעם נוספת" [108]. תוך שבעניין בנק פולסקא, הוא דחה את הטענה, כי גם הגבלה באיגרת חוב, היוצרת שיעבוד צף, שוללת את הכוח ליצור שיעבודים נוספים. בית-המשפט הסביר זאת בנימוק, כי:



"הטעמים להבחנה בין שיעבוד הנוגד תניה מגבילה בשיעבוד צף, לבין שיעבוד הנוגד תניה מגבילה בשיעבוד ספציפי (של יחיד או חברה) ברורים: הצורך באיזון בין האינטרס לאפשר למשעבד לעשות שימוש בנכסיו, לבין הצורך בהגנה על בעל שיעבוד, קיים משמדובר בשיעבוד צף הרובץ כענן על כלל נכסי החברה. משמדובר בשיעבוד קבוע - אמרתי כי אין כלל צורך באיזון בין אינטרסים, ומכל מקום, אין ספק כי משמדובר בנכסים ספציפיים, יגבר אינטרס ההגנה על בעל השיעבוד."

47. בעניין **מרכז הארגונים** [109] נדונה קרקע של מינהל מקרקעי ישראל, ששועבדה למרות תניית הגבלה כללית, המחייבת הסכמת המינהל להעברת הזכויות (ותשלום דמי הסכמה). השופט לויט קבע, כי אין תוקף לשיעבוד הואיל ולא נתקבלה הסכמה מראש. באותו המקרה ניתנה בדיעבד הסכמת המינהל לעסקה, אולם לאחר תחילת הפירוק, ועל כך קבע השופט, כי מתן אפשרות ל"שדרוג" בטוחות לאחר תחילת הפירוק, מהווה פגיעה בעיקרון השוויון בין הנושים.

48. היש משמעות לכך, שפסיקה זו עוסקת בשיעבודים? שימו לב, שגם פרופ' ויסמן נקט את הגישה הקניינית, ככל שמדובר במשכון או בשיעבוד קבוע, וזאת ככל הנראה לנוכח פרשנות סעיף 6 לחוק המשכון. בכל הכבוד, קריאת סעיף 6(א) לחוק המשכון אינה מחייבת את המסקנה, כי השיעבוד השני בטל: "החייב רשאי לשעבד את הנכס הממושכן במישכון נוסף בלי נטילת רשות מאת הנושה... והכל באין קביעה אחרת בהסכם המישכון הקודם." מדוע לפרש את המלה "רשאי" במובן של "יכול" (דהיינו - לא רשאי = לא יכול)? האם ההצדקה לכך הינה עצם הרישום (דהיינו פומביות) של המשכון, או שמא ההצדקה לכך הינה "קניין יכה קניין" - קנייניותו של המשכון - המתייחס לנכס הממושכן עצמו, כביכול נוגסת בזכות הקניין של הממשכן?

אם הנימוק הראשון הוא הנכון, אזי הפרשנות הקניינית תהיה יפה בכל מקרה בו ניתן פומבי לזכות. אם הנימוק השני הוא הנכון, אזי הפרשנות הקניינית תיושם, בכל מקרה בו ההגבלה מעוגנת בזכות קניין דווקא. כאן יש לשאול - מהי הגישה הראויה ליישום בסוגייה זו, בהתחשב בכך שביצוע עסקה חוזית בניגוד להגבלה, גם אם תוכר, תחשב כהפרת חוזה (הפרת תנאי ההגבלה). האם ראוי שהמחוקק, או בית-המשפט יעודדו הפרת חובות חוזיות, ולו על-ידי הכרה בתוקפה של פעולה המנוגדת להגבלת עבירות?

האם ראוי שהנושה הראשון לא יוכל להגביל את החייב מביצוע פעולות, שעלולות לפגוע בזכותו (זכות השיעבוד, במקרה של הלוואה; או זכות הבעלות במקרה של החכרת הנכס, ועוד)? ואם הנימוק הוא הגנה על צד שלישי תם לב, הרי רציונלה זו אינה רלוונטית כאשר ניתן פומבי להגבלה.

49. מעבר לאמור נציין, כי הגישה הקניינית יושמה גם בהקשר לזכויות חוזיות. ראו להלן פרשת **שם טוב**.

סימן ב: הגישה התכליתית

50. גישה זו מצאנו בפרשת **טקסטיל ריינס**. בפרשה זו התעוררו מספר שאלות מעניינות. אנו נתמקד בסוגיית הגבלת העבירות.

51. בפרשה זו נדונה תחרות בין רוכשי זכויות חכירה במקרקעין לבין מעקל המקרקעין, שטען לחוב של המוכר. בסעיף 14(א) לחוזה החכירה, שבין המינהל לבין המוכר, נקבע, כי "החוכר אינו רשאי להעביר זכויות שבחוזה זה אלא בהסכמתו של המחכיר מראש ובכתב". בהמשך ההסכם נקבעו התנאים לקבלת הסכמת המינהל, למשל דמי הסכמה. סעיף זה נקבע כסעיף יסודי, שהפרתו תהווה הפרה יסודית ותקנה למינהל את הזכות לבטל את ההסכם. בין יתר טענותיו טען הנושה, כי לנוכח אי קבלת הסכמת המינהל מראש (כמו בפסיקה בסימן הקודם) לא נעשה דבר, הזכויות שייכות לחייב, ולכן העיקול תופס. אמנם הסכמת המינהל ניתנה בדיעבד, אך אין בכוחה של זו לתקן מעיקרו את הפגם שדבק בעסקה.

חשוב להבהיר, כי כאן דובר בהמחאת הזכות החוזית, שהיתה שייכת למוכרים, אל הקונים. כפי שציינו, תיתכן הבחנה בין הגבלה חוזית על הזכות הקניינית, שהינה הגבלה חיצונית לזכות, לבין הגבלה פנימית על הזכות, שהיא תנאי מתנאיה (ראו עמדת פרופ' דויטש לעיל ודיון להלן). לכאורה, על פי עמדה זו מתבקש היה להגביל את עבירותה של הזכות.



בראש ובראשונה, סעיף 14(א) הנ"ל לא נועד להגן על המעקל אלא על המינהל. על כן, אין המעקל ראוי להעלות טענות ה"שייכות" למינהל. המדובר בהגבלת עבירות מכוח הסכם, המתייחסת לצדדים לאותו הסכם, ולא להגבלת עבירות מכוח הדין, שנועדה להגן על ככל הציבור (ובמקרה כזה תהיה קיימת אפשרות להעלותה על-ידי כל אחד מ"הציבור")^[110].

לאחר ששקל את הגישות השונות, בית-המשפט העדיף את גישתו של פרופ' לרנר, לפיה יש לבחון את תוקפה של העברת זכות, שנעשתה בניגוד להגבלה על עבירותה של הזכות, לפי טיבה של ההגבלה, נוסחה, מטרותיה והנסיבות שבהן נקבעה. כך, יתכנו מקרים שבהם תתפרש ההגבלה כשוללת מבעל הזכות את הכוח להעבירה, באופן שהעברת הזכות בניגוד להגבלה תהיה חסרת תוקף; כשם שיתכנו מקרים שבהם תתפרש ההגבלה כאוסרת על בעל הזכות להעבירה, באופן שהעברת הזכות בניגוד להגבלה תהווה הפרת חוזה מצד בעל הזכות, אך ההעברה עצמה תהיה תקפה.

53. מן הכלל אל הפרט: בית-המשפט ניתח את התניה הרלוונטית והגיע למסקנה, כי מטרתו של המינהל היתה להגן על עצמו - לקבלת המגיע לו בצומת הדרכים של העברת הזכויות. לא היתה לו כוונה להגביל את כוחו של המוכר להעביר זכויותיו, אלא להבטיח את קבלת המגיע לו עקב העברת הזכויות. ברוב רובם של המקרים המינהל מסכים להעברת הזכויות גם לאחר שבוצעה העסקה, ובלבד שיהיה פיקוח כאמור על קבלת המגיע לו. מטרה זו לא תיפגע אם ההסכמה תינתן גם בדיעבד, אולם כל עוד לא ניתנה הסכמתו, לא יהיה תוקף לעסקה והעסקה לא תחייב את המינהל כלפי הקונים. המסקנה של בית-המשפט, אם כן, היתה כי הגבלת העבירות, הגבלה דומה למקרה של **מרכז הארגונים**, לא שללה את תוקפה של העסקה.

54. במקום אחר^[111] העליתי אפשרות נוספת לתמיכה במסקנתו של בית-המשפט העליון בעניין **טקסטיל ריינס**. תניה של הגבלת עבירות, משמעה שיש לקבל הסכמה **מראש** בטרם ביצוע הפעולה. אולם הנוהג במינהל הוא, כי ברוב המקרים מגיעים לביצוע העברת הזכויות ואישור העסקה רק לאחר שהיא נכרתה, ובמקרים לא מעטים, רק לאחר שהיא הושלמה (למשל, בטופס העברת הזכויות של המינהל יש להציג חוזה - כיצד נציג חוזה אם לא חתמנו עליו קודם לכן?). על כן, בהתאם לנוהל האמור, לא יעלה על הדעת, כי המינהל התכוון לכלול סעיף, שהינו מלכתחילה בגדר "לא בכדי שייעשה". במלים אחרות, לא ניתן להעלות על הדעת, כי המינהל התכוון לנסח סעיף, שהופך את כל החוכרים, על כרחם, למפירי חוזה. לכן, יש לפרש את ההסכם כך שעצם כריתת ההסכם מותרת, אולם היא תהיה כפופה לאישור המינהל ובמידה וזה ניתן, הוא יחול מיום ההתקשרות ולא מיום האישור. חריג לכלל זה יהיה מקום בו החוזה כבר בוטל, מחמת אי התמלאות התנאי, עוד בטרם ניתן האישור המיוחל. במקרה כזה, אין בכוחו של האישור, כשלעצמו, להחיות את החוזה^[112].

55. לאחר קריאת פסק-הדין שוב מתעוררת השאלה, האם ההבדל בתוצאה, ובגישה שיושמה, נובע מהבחנה מהותית בין המקרה שנדון בעניין **טקסטיל ריינס**, לבין קשת המקרים שנדונה בסימן א' לעיל? כפי שראינו, לכאורה לשון סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים מאפשרת שלילה מוחלטת של עבירות הזכות. המלה "נשללה" בהתייחס לעבירות, אינה מופיעה בסעיף 6 לחוק המשכון, המנוסח באופן מרוכך יותר מאשר בחוק המחאת חיובים. על כן, נראה כי בית המשפט בעניין **טקסטיל ריינס**, בהעדיפו את הגישה התכליתית, יסבור כך גם במקרים שייזקק לפירושו של סעיף 6 לחוק המשכון.

56. חיזוק לטענה, כי לא אופי העסקה הוא שהוביל לשינוי בתוצאה, אלא שינוי בגישתו של בית-המשפט העליון, הוא קיומה של פסיקה קודמת, במקרים דומים, שהעדיפה את הגישה הקניינית. ראו למשל את פרשת **כל בו שם-טוב בע"מ**^[113], בו מערכת העובדות דומה לזו שבעניין **טקסטיל ריינס**. נרכשה זכות חכירה ממינהל מקרקעי ישראל. המוכר שילם את דמי ההסכמה, אולם בטרם ניתן אישור המינהל עוקלה הזכות לטובת נושא.

הנשיא דאז שמגר ציין, כי אילו הושלמה המחאת הזכויות מהחייב (המוכר) לקונה, על ידי כריתת חוזה חדש וישיר בין המינהל לבין המערערת, רק אז ניתן היה לומר, כי העיקול לא תפס מאומה. דא עקא, איתרע מזלה של הקונה, שלא הספיקה להשלים את התהליך, ועל כן יכול היה הבנק הנושא להטיל עיקול על הזכות של המוכר אצל המינהל. הנשיא ציין, כי מאחר ומדובר בזכות המוענקת על ידי המינהל, אשר כל שינוי בה מותנה בהסכמתו של המינהל, לא יכולה היתה המוכרת לכרות חוזה עם הקונה, אלא חוזה על תנאי בלבד, תנאי אשר טרם התממש ביום העיקול. משהוטל העיקול אין



בידי המינהל כדי להושיע את הקונה, אפילו יתן עתה הסכמתו, שכן המוכרת אינה יכולה להעביר אלא את אשר יש לה, וזו זכות מעוקלת: המעקל ניצח.

מעבר לעובדה, כי פסק-דין זה נסמך על הלכת בוקר^[114], שאינה רלוונטית עוד^[115], הרי גם באשר לאופייה של הגבלת העבירות ותוצאותיה שונה הנמקת פסק-דין זה (הדומה להנמקת פסק-דין מרכז הארגונים, לעיל, במיוחד לגבי תוקפו הרטוראקטיבי של האישור) מהנמקת הלכת טקסטיל ריינס. בכל הכבוד, הנמקתו של הנשיא בפרשת שם טוב, ככל שהיא נוגעת לתוקפו של הסכם על תנאי, בעייתית, שכן ממנה עולה, כי העיקול שהוטל על הזכויות של החייב בנכס, מונע ממנו את עצם הכוח לקבל את הסכמתו של המינהל. העיקול לכאורה יוצר חומת ברזל, שאינה מאפשרת עוד קבלת אישור המינהל לעסקה. לכאורה, אילו היה ניתן היה לקבל את האישור, אזי העסקה היתה מקבלת תוקף רטוראקטיבי בטרם העיקול. על פי נימוקו של הנשיא, אין בכוחו של העיקול למנוע מהמינהל לאשר את העסקה, אולם העיקול חוצץ בין המינהל לבין החוכר. נימוק זה בעייתי, אם ניקח בחשבון, שאין בכוחו של העיקול, שהינו מכשיר דיוני, לבטל זכויות או ציפיות לגיטימיות שכבר נוצרו, עובר להטלתו. בפרשת שם טוב הנ"ל כבר נתבקש אישור המינהל ואף שולמו דמי ההסכמה בטרם הטלת העיקול. על כן, קמה לצדדים הזכות לקבל את אישור המינהל, לכשזה יינתן, ואין בכוחו של העיקול לבטל זכות זאת, שכן הוא תופס את הנכס כפי שהוא במועד הטלתו, בכפוף לזכויות והחובות הנלוות אליו.

57. למרות האמור אין מנוס מלציין כי היה קיים בלבול בפסיקה, ולעיתים הגישות השונות התערבו זו בזו ודוגמה לכך הינה פרשת בצר^[116]. גם במסגרת פרשת בצר התעוררה שאלה של תוקף חוזה בניגוד לתניית הגבלת עבירות עם מינהל מקרקעין ישראל. שם נקבע, כי מקום בו הצדדים לחוזה לא התנו בו תנאי, ודרישת התנאי נובעת ממקור חיצוני לחוזה, הרי שאי קיום התנאי אינו פוגע בתוקף ההתחייבות שנטלו על עצמם הצדדים. התחייבות זו תעמוד בעינה גם בטרם ניתנה ההסכמה, אף שבהעדרה לא ניתן לבצע את ההתחייבות הלכה למעשה.

58. עתה ננסה לבחון את משמעות הגבלתה או שלילתה של עבירות הזכות, בהתאם לחוק המחאת חיובים עצמו. הגבלת עבירותה של הזכות נדרשת בדרך כלל על-ידי החייב, המבקש להגן על עצמו מסיכון של הימצאות מול נושה אחר, או במקרה בו פרע את החיוב לנושה הלא-נכון (לאחר שזה כבר הומחה). בסעיף 2 לחוק המחוקק מגן על החייב בכל מקרה של פירעון המחאה, כל עוד החייב פעל בתום לב ופרע את החוב למי שהוא סבר באמת ובתמים כי הוא הנושה שלו. עתה, נבחן אימתי יכול ותתעורר בעיה. נראה כי בעיה עלולה להתעורר, מקום בו פונה נושה חדש, נמחה, לחייב, ודורש את פירעון החוב. ואילו החייב מסרב לפרוע לו את החוב, בטענה כי החיוב שלו בלתי עביר ובלתי שחיר. האם תצדק טענתו של החייב? זאת ועוד. הרי ברור לנו, כי גם אם ההמחאה לא תקפה, אין הדבר מפקיע את החוב של החייב לנושה. על כן, אין הוא רשאי לעכב את פירעון חובו. אולם, אם הוא מבצע את התשלום לידי הנושה המקורי, האם הוא יצא ידי חובתו? כיצד נבחן פירעון כזה? האם על פי כלים של תום לב? האם על פי בחינה קניינית? האם נוכל לומר, כי במצב כזה פירעון החוב לנושה הראשון מהווה ביצוע החיוב? אם ההגבלה קניינית, אזי התשובה חיובית.

לכאורה, נראה לומר כי הגבלה כזאת קניינית, במובן זה שהיא עוברת יחד עם הזכות. להבדיל מזכות קניינית, שהינה טהירה במקרים מסוימים, זכות חוזית לעולם אינה טהירה, ולחייב תמיד יעמדו, כלפי הנמחה, טענות ההגנה שעמדו לו כלפי הממחה^[117]. עדיין נשאלת השאלה - האם טענת הגנה של המחאה בלתי תקפה, הינה טענת הגנה כנגד החוב (שאינו היא ודאי תעמוד כלפי הנמחה) או כנגד עצם ההמחאה?

59. בבחינת השיקולים הנגדיים נראה, כי עיקרון תום הלב מחייב את החייב, במקרה שאין לו אינטרס מוצדק בר-הוכחה, לאי הכרה בהמחאה, ובמקרה שזו אינה שנויה במחלוקת, לפרוע את החוב לידי הנמחה. טלו, לדוגמה, מצב בו המחאת הזכות הוגבלה, מכיוון שהחייב סבר כי תעמוד לו בעתיד זכות קיזוז כלפי הממחה, כנגד חוב אחר שהממחה עשוי לחוב כלפיו. במצב כזה, אם הממחה יהפוך לחדל פירעון ייפגע אינטרס של החייב, שכן קיזוז באופן זה יפעל "קניינית"^[118], ואילו אם תומחה הזכות, ייאלץ החייב לפרוע את מלוא החוב כלפי הנמחה, ואילו כלפי הממחה תעמוד לו אך תביעת חוב, והוא יקבל את חלקו באופן יחסי לחובו בכלל החובות של הממחה לנושיו. במצב כזה, עמידה על טענה, לפיה ההמחאה אינה תקפה, אינה מנוגדת לחובת תום הלב, ונראה כי היא תעמוד לחייב.

חשוב לזכור, כי המחוקק מינה את החייב, כ"מרשם מהלך" באופן שהוא מטיל על הנמחה את הנטל, ליצור קשר עם החייב ולהודיע לו על ההמחאה, אחרת הוא יעמוד בסיכון של פירעון החוב לאחר^[119].



לעומת זאת, מקום בו אמנם המחאת הזכות מהווה הפרת החיוב כלפי החייב, אולם החייב לא נפגע במאומה, והממחה מודה בתקפות המחאה, וכל עוד לא נפגע אף אינטרס של החייב, אזי יתכן ומכוח עיקרון תום הלב יימצא החייב מחוייב למחול על כבודו ולפרוע את החוב לידי הנמחה. דברים אלה עדיין צריכים עיון, מכיוון שהכרה בתקפות המחאה מעודדת את הפרת החוזה, ששכלל את הזכות החוזית. לכן, יתכן ויש להכיר בהמחאה כזאת רק במקרים בהם האינטרס הציבורי, של קיום חוזים אינו נפגע.

בכל מקרה, בחינת האינטרסים מצדיקה לכל היותר אי הכרה בתקפות המחאה כלפי החייב, אולם אין בכוחה להצדיק את בטלות התחייבותו של הממחה, להמחות את הזכות לנמחה. כל עוד הדבר אינו פוגע בחייב, מה עניין יש לו למנוע התחייבויות אישיות בין הממחה לבין הנמחה? במצב כזה לא יהיה תוקף לפעולה כלפי החייב ללא הסכמתו, ויש לראות את ההסכם בין הממחה לנמחה כהסכם על תנאי[120] או כהסכם שכל תוקפו בין הנמחה לממחה[121] - דברים אלה מובילים אותנו לגישה החוזית.

סימן ג: הגישה החוזית

60. בספרי פרקים בדיני קניין[122] העליתי את השאלה, האם תיתכן תחרות בין זכויות (עסקאות נוגדות), מקום בו הזכות הראשונה אינה ניתנת לאכיפה? ונבהיר: תנאי מוקדם להיווצרות של תחרות, הינו קיומן של שתי זכויות תקפות[123]. טלו את הדוגמה הבאה: פלוני, בעלים של חניה בבית-דירות, מתחייב להצמיד את החניה לראובן. ראובן אינו בעל זכויות במקרקעין בהם מצוייה החניה, ולכן לא יוכל לאכוף את החוזה[124]. לאחר זמן מה פלוני מתחייב כלפי שמעון, דייר בבניין, להצמיד אליו את החניה. האם במצב כזה, בו ראובן אינו יכול לאכוף את ההתחייבות (ויש להניח כי הוא ידע על בעייתיות זו), עדיין קיימת תחרות, או שמא שמעון אמור לזכות, בהיעדר תחרות על עצם הרישום?

דעתי, כפי שהובעה שם, היתה כדלקמן:

"זכותו של ראובן תקפה. אמנם לא ניתן יהיה להעביר רישום בעלות על שמו, אולם ניתן יהיה לרשום על שמו זיקת הנאה, או חכירה לתקופה ארוכה - בבחינת ביצוע בקירוב[125]. אבהיר את הדברים: על-פי הפסיקה, עסקה המנוגדת לסעיף 13 אינה בטלה, אלא תקפה, אמנם ברובד החוזי בלבד[126]. לכן, נקודת המוצא שלנו היא כי לא ניתן לשלול את תקפותה. הזכות ניתנת לאכיפה ברובד החוזי, וכזאת היא זכות שבישור, בדיוק באותה מידה, בה ניתנה התחייבות להעברת בעלות במקרקעין אשר לא ניתן לבצע בהם העברת בעלות. במישור הקנייני ניתן להשתית את הדין לפי סעיף 9, ואף אם לפי סעיף 9, אזי לפי סעיפים 12 בצירוף 13(א) לחוק המיטלטלין. מעבר לכך, במקרה כזה ניתן ככל הנראה להחיל עקרונות כלליים מדיני החוזים, לפיהם יש ליתן לחוזה פרשנות שתקיים אותו במלואו, ובנוסף מתבקשת כאן דוקטרינת הביצוע בקירוב, כך שבמקום רישום בעלות תירשם חכירה לתקופה ארוכה. סוף דבר - לא נראה, כי המגבלה של סעיף 13 תוכל למנוע מראש את התחרות בין שני הצדדים."

בדיעבד התברר כי בדברים אלה שנכתבו בחודש מאי 2002, זכיתי לכוון לדעת הנשיא בפרשת חיים[127], שלסקירתה נעבור כעת.

61. עניין לנו בעסקה בניגוד לתניית הגבלת עבירות בקרקע של המינהל, הפעם הגבלת עבירות במסגרת זכויותיו של "בן ממשיך". המשיב (שזכה בבית המשפט המחוזי) ביקש סעד הצהרתי, לפיו הינו "בן ממשיך" במשק מס' 1 במושב גבעת יערים, והצהרה כי הסכם שנכרת בין המערער לבין אמו (שהיא גם אמו של משיב 1), בו העבירה לו זכויות בבית-מגורים המצוי במשק, הינו בטל. האם נפטרה בשנת 1992 והמחלוקת בין האחים נטושה על שימוש בבית המגורים. המערער טען, כי הוא רשאי להשתמש בבית המגורים מכוח ההסכם אובליגטורי. לעומתו המשיב טען, כי הואיל ולא ניתן לפצל את זכותו של "בן ממשיך", והואיל את הסטטוס של "בן ממשיך" יכול לקבל רק בן אחד, הרי שההסכם בין האם לבין המערער בטל ומבוטל. יצוין, כי בנוסף להסכם האמור אף המשיב חתם על תצהיר, עובר לקבלת זכויות הבן הממשיך, בו הצהיר והתחייב כי יעניק לאחיו זכות שימוש בבית.



62. בית המשפט המחוזי קיבל את עתירת המשיב ופסק לו סעד הצהרתי כמבוקש. נימוקו התבסס על סוגיית "הגבלת העבירות", לנוכח "ההסכם המשולש", שהצדדים לו הם מינהל מקרקעי ישראל, הסוכנות היהודית והאגודה השיתופית הנוגעת בדבר. לפי הסכם זה לא ניתן לפצל את זכויות השימוש. על כן, התנאת מינויו של המשיב כבן ממשיך, בהסכמתו לתת לאחיו, המערער, זכות שימוש בבית המגורים, ולחלוק איתו את המשק החקלאי אינה תופסת (כאמור, כך הותנה בהסכם בין האם לבין המשיב, שאף אישר התחייבותו בתצהיר ולמרות זאת הוא ביקש להצהיר על בטלותו של ההסכם).

זאת ועוד, בית המשפט המחוזי קבע, כי לא נתבקש אישורו של המינהל להסכם זה, כנדרש על פי ההסכם המשולש.

63. האם קיבלה את המשק בשנת 1964 לשימושה כבת-רשות. על פי הוראות ההסכם המשולש ותקנה 3(א) לתקנות האגודות השיתופיות (חברות), התשל"ג-1973 ניתן למנות בן ממשיך **אחד בלבד**, והמשיב אכן מונה ככזה ואושר על ידי המוסדות המיישבים עוד בשנת 1979 ולאחר מכן בשנת 1981. בשנה זו חתם המשיב על תצהיר, לפיו ידוע לו כי אמו התנתה את הסכמתה למינויו כבן ממשיך בתנאי, כי יסכים שלאחר אריכות ימיה יבוא אחיו להתגורר עם משפחתו בבית האם, והם יחלקו את המשק החקלאי שהיא תשאיר אחריה. המשיב נתן הסכמתו לתנאי זה. בשנת 1991 נערך הסכם בין האם לבין המערער, בו העבירה האם לו ולאשתו את הזכויות בבית המגורים שלה במשק. המערער ומשפחתו התגוררו בבית המגורים עם האם עד לפטירתה ולאחר מכן, עד למתן פסק-הדין. בערעור זה הועלתה שאלת תוקפם של המסמכים האמורים.

64. בפסק-הדין ניתן למצוא ניתוח של מהות המושג "בן ממשיך" והתנאים הנלווים להכרה בסטטוס זה, והתייחסות הפסיקה אליו. ניתוח זה היה חשוב ביותר, לצורך הקביעה האם ההסכם בין האם לבין המערער תקף, לאור העובדה, כי לא ניתנה הסכמת הרשויות, וככל הנראה גם לא ניתן לקבל הסכמה כזאת - לפצל נחלה לשני בני משפחה.

65. השופטת פרוקצ'יה, בדעת המיעוט, ניתחה את מהות המושג "בן ממשיך" ומטרת הגבלת העבירות והתנאות בהסכמה, בשני מישורים: האחד הוא המישור הפנימי, בין האחים, והשני הוא במישור החיצוני, מול הרשויות. במישור החיצוני היא קבעה, כי אין תוקף להסכם בין האם למערער, כלפי המוסדות המיישבים. לקביעה זו הסכימו גם יתר שופטי ההרכב.

66. במישור הפנימי, השופטת פרוקצ'יה פרשה את הדעות השונות באשר לתוקפה של פעולה המנוגדת להגבלת עבירות, ולאחר מכן בחנה את הסוגייה בהתאם למבחן התכליתי שנקבע בהליכת **טקסטיל ריינס** החשובה. בחינה זו הביאה אותה למסקנה, כי אין תוקף להסכמה הפנימית האמורה והיא אינה מחייבת את המשיב, שכן קיימים שיקולים חשובים וציבוריים למנוע מתן תוקף לעסקאות כאלה, שלא אושרו. על כן, היא הסיקה כי יש לקרוא תנאי מתלה לתוך התחייבות המשיב וההסכם בין המערער לבין אמו (כי ההסכמה וההצהרה האמורות תהיינה תקפות, רק אם תבוא עליהן הסכמת הרשויות), ומשזה לא נתקיים, ההסכם בטל. זאת ועוד, בנסיבות העניין לא קיימת זכות לפיצוי, כיוון שהמערער ידע על ההגבלות מלכתחילה. מכל מקום, יתכן וקיימת עילה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, כנושא להליך נפרד.

67. דעת הרוב ניתנה על-ידי הנשיא (ברק) ועל-ידי השופטת שטרסברג-כהן. התוצאה, לפיה יש להכיר בתוקפה החוזי של ההסכמה, היתה מוסכמת על שניהם, אלא שההנמקה היתה שונה. השופטת שטרסברג-כהן חלקה על עמדת השופטת פרוקצ'יה, ככל שנוגע הדבר למישור הפנימי. לדעתה, קיימת מערכת יחסים משולשת - אמה ושני בניה. המשיב התחייב בתצהיר התחייבויות שונות (במישור בינו לבין אמו), שהינן התחייבויות לטובת צד שלישי - המערער, ולכן המשיב **מושתק** מלהתכחש להן כיום, הגם שלא ניתן יהיה לאכוף אותן עד תומן (ברישומו של המשיב כבן ממשיך נוסף).

פרט לכך, הצדדים היו מודעים לבעיית הרישום ויש לפרש את ההסכם ככזה, שהוא יבוצע לכשנתיין יהיה לבצעו. שימו לב - השופטת שטרסברג-כהן פירשה את המודעות לבעיה באופן הפוך לשופטת פרוקצ'יה. בכל הכבוד דומה כי גישתה עדיפה, שכן העיקרון "חוזים יש לקיים" אינו נפגע כתוצאה מהכרה פנימית בתוקף העסקה, לפחות לא בעוצמה בה נפגע עיקרון זה כאשר מעדיפים את המשיב - שהפר את החוזה פעמיים: פעם מול המינהל ופעם מול אחיו ואמו.



68. הנשיא הביע דעה שונה, לפיה אין לקבל את האפשרות של בטלות, גם במקרה של הגבלת עבירות. לכל הסכם יש ליתן תוקף במישור החוזי, אלא שלעיתים לא ניתן יהיה לאכוף אותו. העובדה, כי לא ניתן לאכוף את ההסכם, אינה צריכה לגרוע מהתחייבויות הצדדים או לגרור את בטלות ההסכם, למעט מקרים מיוחדים. ההנחה, כי ניתן להגביל את כוחו של פלוני ליצור התחייבות, לפיה הוא מעביר את זכויותיו (להבדיל מההעברה עצמה), קשה בעיני הנשיא, ואינה הכרחית. באשר לשאלה, האם מדובר בהסכם מותלה השיב הנשיא, כי כוונת הצדדים, כעולה מההסכמים, הינה שלא להתנות את חיוביהם בהסכמת המינהל.
69. מסקנת בית-המשפט היתה, אם כן, כי במישור החיצוני, רק המשיב ייחשב כבן ממשיך, אולם במישור הפנימי - ההסכם שריר וקיים.

סימן ד: שתי הערות בשולי הלכת חיים

70. הואיל ובעיניי מדובר בפסק-דין חשוב, אוסיף שתי הערות משלי בשוליו, התומכות בנימוקי הרוב (השופטים ברק ושטרסברג-כהן) - כל אחד מגישתו הוא.

71. הערה ראשונה: פרשנות מקיימת

גישתה של השופטת שטרסברג-כהן, לפרש את החוזה כהתחייבות עתידית להפוך את המערער כבן ממשיך נוסף, ולקבל את אישור הרשויות לכך, לכשניתן יהיה הדבר, דומה לגישתו של הפוסק המנדטורי באשר לסוגייה דומה. כידוע, על פי החוק העות'מאני, כל הסכם להעברת זכויות יהיה בטל (גם ברובד החוזי) אם לא נרשם בטאבו, והמוכר רשאי לסלק את ידו של הקונה, גם אם קיבל את החזקה בנכס. הדין העות'מאני פסל לחלוטין כל עסקה "מחוץ לטאבו", קרי עסקה שלא הסתיימה ברישום [128].

לעומתו, בתי המשפט המנדטוריים, שנקטו בשיטה משפטית שהגנה על זכויות שביושר ועל התחייבויות, ראו להבחין בין שני סוגי חוזים (אבחנה שוודאי לא התכוון לה המחוקק העות'מאני). הסוג האחד, ההסכם החוזי שניתן לפרשו כהתחייבות להעביר את הזכויות בעתיד (התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין), יהיה לו תוקף, והוא אף יוגן לפי דיני היושר.

הסוג השני, רק מקום בו ברור, כי אין שום כוונה להשלים אי פעם את העסקה ברישום, גובר הדין (העות'מאני) על היושר, והעסקה תהיה בטלה מכל וכל [129].

כך גם במקרה שלנו - השופטת שטרסברג-כהן פירשה את החוזה, כך שלא מדובר בהעברה "קניינית" של זכות שימוש בבית, אלא בהקניית זכות חוזית לשימוש, בצירוף התחייבות הצופה פני עתיד, לבצע רישום, לכשיתאפשר הדבר ותתקבל הסכמה של הרשויות. העובדה שכיום לא ניתן לקבל הסכמה כזאת, אין בה לשלול את תוקפו החוזי של ההסכם.

72. הערה שניה: שלב חוזי ושלב קנייני

בספרי **פרקים בדיני קניין** [130], התייחסתי לנפקות ההבחנה בין השלב החוזי לבין השלב הקנייני בעת עשיית עסקה. ציינתי שם, כי פעמים הצדדים מעוניינים להותיר את העסקה ביניהם ברובד החוזי בלבד ולא לשכלל זכות קניין - לעיתים מסיבות שאינן כשרות, ולעיתים מכיוון שלא ניתן לשכלל זכות קניין בעסקה המסוימת כפי שהיא, מחמת סעיף 13 לחוק המקרקעין (כלל האחדות). לדוגמה - מכירת זכות בעלות בחדר בדירה; מכירת זכויות בנייה ערטילאיות לקבלן בניין. במקרים כאלה הועלתה הטענה, כי לאור סעיף 13 לחוק המקרקעין, העסקה החוזית בטלה **גם ברובד החוזי שלה** [131]. הפסיקה דחתה טענות אלה וקבעה, כי סעיף 13 מגביל **רק את השלב הקנייני** ולא מונע יצירת התחייבויות חוזיות.

הוא הדין גם כאן. הנשיא יישם את אותו רציונל, למרות שלא הפנה לפסיקה שהתייחסה לסעיף 13: ניתן לומר, כי הגבלת העבירות על-ידי צד שלישי (בסעיף 13 הצד השלישי הוא המחוקק) יפה לשלב הקנייני בלבד ולא לשלב החוזי. דהיינו, לא ניתן לשלול את כוחו של פלוני ליצור התחייבויות חוזיות חדשות, בכפוף לכך שאלה יוותרו התחייבויות חוזיות בלבד.



אם נראה את סוגיית הגבלת העבירות באופן זה, או לפי גישתה של השופטת שטרסברג-כהן (לפיה תמיד יש כוונה למלא אחר ההוראות, ולקיים את ההתחייבות לכשניתן יהיה) למעשה סיימנו באחת את כל מחלוקות המלומדים בסוגייה זו. אולם אם נחזור לגישתו של הנשיא, נראה כי עדיין הסוגייה אינה כה פשוטה. איזו הגנה תינתן לזכויות אלה כלפי צדדים שלישיים? האם מדובר בהתחייבות אישית בלבד, או שמא זכות שבייחוד (דרגה גבוהה יותר), שאמנם אינה מגיעה לכדי זכות קניין (הדרגה הגבוהה ביותר) אולם עדיין מוגנת כלפי צדדים שלישיים?

כאמור, השאלה אינה פשוטה וייתכנו מקרים קשים. טלו לדוגמה את סוגיית הבן הממשיך עצמה - ראובן מתחייב להעביר את זכויותיו לשמעון, שאינו נכלל (במצב המשפטי הקיים בישראל) ברשימת הזכאים להיחשב כ"בן ממשיך". לאחר מכן ראובן מתחייב להעביר את זכותו ללוי, בנו, ולרשום אותו כבן ממשיך. את לוי ניתן לרשום כבן ממשיך אולם לא את שמעון. האם שמעון יוכל למנוע מלוי את העברת הזכויות אליו? אם ננקוט גישה מצמצמת, נטען כי בשלב הזה שמעון אינו יכול לאכוף את ההתחייבות הראשונה במישור הקנייני כלפי המוכר, ולכן ודאי לא כלפי צד שלישי. אשר על כן, תקום זכות, אולם זכות חוזית במובנה הקונטיננטלי - כלפי המתחייב בלבד, ללא הגנה כלפי צדדים שלישיים.

מאידך, אם ננקוט גישה מרחיבה, נאמר כי סעיף 9 מקנה **עדיפות** לבעל ההתחייבות הראשונה. ויש לפרש עדיפות זאת כמונעת אפשרות לעשיית עסקאות נוגדות, שתפגענה בזכותו של בעל ההתחייבות הראשונה לקיים אותה בעתיד (וזה מחבר אותנו עם סוגיית הפרשנות בהערה הקודמת; או עם סוגיית ההפרה הצפויה).

מצדדי הגישה המצמצמת יטענו, כי אמנם המוכר (ראובן) מושתק מלהתכחש להתחייבותו. אולם אין אנו מצויים במישור זה, אלא במישור הקנייני. כאשר שמעון הסכים לערוך עסקה, שתיוותר **ברובד החוזי בלבד**, אין הוא זכאי לסעדים **קנייניים** והוא למעשה נטל על עצמו את הסיכון לפגיעה כזאת. מדובר בסוגייה מרתקת, העלינו את השאלה אך על קצה המזלג, והיא עדיין טעונה עיון מעמיק (גישה פטרנליסטית תטען, שכדי למנוע עוולות כאלה, מן הראוי לשלול את הכוח הקנייני לבצע עסקאות, או להתחייב לבצען^[132]); גישה חוזית תטען שאין מקום לעשות כן; גישה כלכלית-ליברלית תוביל להותרת זכות הבחירה בידי הצדדים עם ההוראות מתאימות לחלוקת הסיכונים במקרים מסוימים).

פרק ו: סיכום ומסקנות

73. אין חולק, כי תכונת העבירות הינה תכונה חשובה ואף אופיינית לנכסים ולזכויות הקניין, אם כי אינה בהכרח מאפיינת אותם באופן מובהק.

74. במאמר זה בחנו את מהותה של תניה המגבילה את העבירות. ראינו, כי קיימות הגבלות על פי דין והגבלות שניתן ליצור על פי הסכם. עבירותה של זכות חוזית ניתנת להגבלה גם מכוח הנסיבות. העלינו את השאלה, שהינה בגדר תלם שנחרש על-ידי רבים וטובים, מה תוקפה של פעולה המנוגדת להגבלת העבירות.

75. ראינו, כי הדין אינו אחיד בסוגייה זו. יש להבדיל בין מקור ההגבלה (הגבלה חוזית לעומת הגבלה מכוח החוק), יש להבחין בין סוגי הזכויות מכוחן נוצרה ההגבלה (טלו למשל, נפקות הגבלה בשיעבוד צף לעומת נפקות הגבלה בשיעבוד קבוע), יש להבחין בין הגבלה "פנימית" (התקפה בדרך כלל בזכויות חוזיות) לבין הגבלה "חיצונית" (הגבלה חוזית על זכות קניין), יש להבחין בין עוצמות שונות של ההגבלה (הגבלה מכוח חוזה או הגבלה מכוח חוזה שהפך לזכות קניין - לדוגמה, משכון או שיעבוד), יש גם לבחון את השפעתה על צד שלישי, ואת האפשרות של הצד השלישי לדעת עליה ולהתגונן מפניה (הגבלה שנרשמה במרשם פומבי, לעומת הגבלה נסתרת);

בנוסף לאלה יש לבחון את תכלית ההגבלה (האם אינטרס ישיר למניעת ההגבלה עצמה, על מנת לשלוט על מיהותו של מקבל הזכות, או אינטרס חיצוני, הקשור למעביר הנכס, לדוגמה - חובותיו הכספיים).



76. שיקולים אלה ואחרים מחייבים התייחסות פרטנית לכל הגבלה. אולם דומה שמחלוקת אחת, מרכזית, הוסדרה על-ידי בית-המשפט בפרשת **חיים**, המכוונת אותנו לבחון את נפקותה של ההגבלה במישור החיצוני לחוד, ובמישור הפנימי לחוד. לפי פרשת **חיים** נראה, כי הבחינה תיעשה כדלקמן:

במישור החיצוני: דהיינו, במישור שבין הנעבר לבין מי שהסכמתו דרושה לצורך ההעברה (הזכאי), תיבחן השאלה בשני שלבים. בשלב הראשון נשאל, האם ההגבלה האמורה פורסמה ו/או הובאה לידיעתו של הנעבר. במקרים שזה נהג בתום לב ומילא אחר שלושת התנאים של דיני העסקאות הנוגדות^[133] וההגבלה לא זכתה לפומבי, וכל עוד זו תיחשב כהגבלה חיצונית ולא פנימית, יש מקום להעדיף את הנעבר על פני הזכאי. אם ההגבלה הובאה לידיעתו של הנעבר נעבור לשלב השני, בו תיבחן תכלית ההגבלה ומהותה, והאם נתכוונה לשלול את העבירות לחלוטין (כמו במקרה של בן ממשד), או להבטיח קיומו של תנאי פלוני (כמו תשלום דמי הסכמה), שבהתקיימו אין מקום לעמוד על ההגבלה, ויתכן ועמידה כזאת אף תהיה מנוגדת לחובת תום הלב^[134].

במישור הפנימי: דהיינו, במישור שבין הנעבר לבין המעביר, נראה כי ברוב רובם של המקרים, אלא אם כן נגיע למסקנה כי החוזה פסול^[135], לא יישלל תוקפו של ההסכם אך מחמת העובדה, שהוא מנוגד להגבלת העבירות, הגם שלא ניתן יהיה לקיים את החוזה באופן מיידי. במצב כזה החוזה יפורש, כך שקיום ההתחייבות ייעשה לכשניתן יהיה לקיימה, או לחילופין, מוצע כי ההתחייבות תקויים על פי דוקטרינת הביצוע בקירוב, כל עוד לא ייפגעו זכויות הזכאי^[136]. עם זאת, זכות זאת תהיה חלשה, באופן שאפשרות ההגנה עליה מוגבלת. ניתן להצדיק פגם זה בכך שהצדדים היו מודעים לו והסכימו לו, ויתכן (כצדדים רציונליים) שאף תימחרו אותו ביניהם.

77. יתכן ויישום זה יפה לא רק באשר להגבלות עבירות מכוח חוזה, אלא גם להגבלות עבירות מכוח חוק (כפי שאף נפסק בעבר לגבי סעיפים 8 ו-13 לחוק המקרקעין), בכפוף לבחינת עוצמת ההגבלה ובכפוף לסעיף 30 לחוק החוזים הכללי (במקרים שהפרת ההגבלה תעלה כדי הפרת החוק וכריתת החוזה תיחשב ככריתת חוזה בלתי חוקי).

78. דומה, שההסדר שפורט לעיל, בשילוב עיקרון תום הלב, מייצג איזון ראוי בין האינטרסים השונים.

79. לסיכום דברינו נשוב ונצביע על ההטייה החוזית בפסיקה וההעדפה לבחון את הפן החוזי על פני הפן הקנייני, כאשר עניין לנו בשאלה המערבת חיוב וקניין. לגישה החוזית יתרונות שלא ניתן להתעלם מהם: היא מאפשרת להכפיף את הצדדים לחובת תום הלב ביתר אינטנסיביות^[137], התחום החוזי הינו החממה הטבעית של עקרונות כלליים מרכזיים במשפט הפרטי^[138], היא אף מאפשרת הטלת חובות סולידריות על הצדדים גם במקרים שראייה קניינית היתה פוטרת אותם מחובות כאלה; היא מאפשרת מתן סעדים מגוונים או שלילתם תוך הפעלת שיקול דעת רחב ומתן גמישות לבית-המשפט^[139] לראות את מערכת היחסים המהותית, המוגבלת פחות משיקולי צורה^[140] ומופעלת על-ידי שיקולי מהות, שהינה: "חוזים יש לקיים"^[141]; היא מאפשרת בחינה והפעלה יחסית של זכויות הצדדים ומתן תוקף לזכויות אלה, על פני הצורך בהכרה בבטלותן לפי הגישה הקניינית^[142]; היא מאפשרת חופש רב יותר בעיצוב הנורמה, בפרשנותה ובהתאמה תכליתית שלה; היא מאפשרת מתן הגנה קניינית על-ידי חתירה עד בסיס ההסכמה החוזית^[143]. כל אלה מובילים למסקנה, כי ראייה חוזית על פני ראייה קניינית תוביל להפעלה גמישה של שיקולי צדק^[144], שתאזן בין האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים.

80. מאידך, החסרונות של גישה זו, ככל שמדובר בזכויות רכושיות, הינן פגיעה בקניין ובחופש הקניין, על כל צידוקיו השונים, לרבות פגיעה בוודאות וביציבות ויתכן שאף פגיעה במסחר^[145].

נשאלת השאלה, האם עלינו לצפות את תחילת סופה של ההגמוניה של דיני הקניין. דברים אלה היצעתי לדיון במאמר קודם^[146], ודומה כי הם רלוונטיים מתמיד, לאור "משב הרוח החברתי" העולה לאחרונה. בסיקור הכנס שנערך באילת לאחרונה צוטט הנשיא כדלקמן^[147]:

"לדברי נשיא בית המשפט העליון: 'המצב כיום בלתי נסבל'; 'אין שום סיבה עניינית, מדוע זכותי לקניין תהיה חשובה יותר מזכותי לבריאות. זהו עיוות'."



81. האם משמעות הדברים היא, כי במקרה של התנגשות בין זכויות חברתיות לבין זכות הקניין, נעדיף כעת את הזכויות החברתיות? האם החלת חובת תום הלב על דיני הקניין והגישה החוזית תחייב גם את בעלי זכות הקניין (אלה ש"יש להם") לסולידריות עם בעלי הזכויות החברתיות (אלה ש"אין להם"), לדוגמה - בעת חקיקת חוק חדש המגדיל את תקציב הבריאות למימון תרופות בעלויות אפסיות לשכבות החלשות, על חשבון מימון שיבוא מהגדלת שיעור מס ההכנסה לעשירון העליון? האם פרשת "כיכר הלחם"^[148], אילו היתה נדונה בעוד שנתיים, היתה עשויה להסתיים אחרת?
82. בשלב זה אני מותיר שאלות אלה בצריך עיון, אולם המצב הכלכלי והחברתי במדינה, והעלאת הזכויות החברתיות על סדר היום הציבורי, יחייבו התייחסות אליהן בקרוב.

- * מאמר זה מבוסס על סקירה שנכתבה בגיליון מס' 18 של **חדשות עין משפט** (קניין במקרקעין 2002 - סיכום שנה (חלק ראשון)), מיום 8.1.2003.
- ** מוסמך במשפטים (אוניברסיטת תל-אביב, 1996) ותלמיד מחקר באוניברסיטת בר אילן לתואר שלישי, מתרגל דיני קניין ובדיני חברות במכללת "שערי משפט".
1. ראו, לעניין זה: י. ויסמן "הגבלת הבעלות במקרקעין" **קרקע** 44 (1998) עמ' 5.
 2. ת"א (תל-אביב) 378/92 **בנק פולסקא קאסא אופיקי** נ' **red rock commodities ltd** (תקדין).
 3. ת"א (תל-אביב) 137/92 (בעניין אריחי ייטל) **מדינת ישראל** נ' **אברת סוכנות לביטוח בע"מ** (תקדין).
 4. ת"א (תל-אביב) 1247/88 **מרכז הארגזים** נ' **בנק לפיתוח התעשייה בישראל בע"מ**, פ"מ תשנ"ד (א) 68.
 5. ע"א 6529/96 **טקסטיל ריינס בע"מ** נ' **רייך**, פ"ד נג' (2) 218.
 6. ש. שגב "נגונה הלכת בנק אוצר החייל" **מקרקעין** ב/3 עמ' 30, 69 (להלן: "שגב, נגונה").
 7. הדוגמה הקלאסית לדיון בשאלת סיווגה של זכות היתרה זכות הבלעדיות, לגביה החליטה הפסיקה, כי זכות זאת אינה קניינית. ראו הדיון בעניין לזכות היבוא הבלעדית (רע"א 371/89 **ליבוביץ** נ' **אליהו**, פ"ד מד' (2) 309) זכות ההפצה הבלעדית (ע"א 2850/99 **בן חמו** נ' **טנא נוגה**, פ"ד נד' (4) 849). וזכות השידור הבלעדית (ע"א 2173/94 **tele event** נ' **ערוצי זהב ואח'**, פ"ד נה' (5) 529).
 8. י. ויסמן "מושגי יסוד בדיני קניין - סקירה ביקורתית" **משפטים** יא (תשמ"א), 41, בעמ' 65-64.
 9. י. ויסמן "איברים כנכסים" **משפטים** ט"ז (תשמ"ו), 500, 508. ראו גם דוגמאות לזכויות שנחשבו בתחילה כאישיות, והמציאות חיבה הכרה מחודשת בהן: דמי מפתח ו"מספר ירוק" למונית (**שם**, בעמ' 509).
 10. ראו הקדמתו של פרופ' אוריאל פרוקציה למאמרו - "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק? תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" **משפטים** יח (תשמ"ט) 395.
 11. ראו, למשל: ש. לרנר, "משפט מסחרי ומשפט אזרחי: אנטומיה של סיווג", **ספר זיכרון לגד טדסקי** (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הארי סאקר, תשנ"ו-1995) 503.
 12. ד. פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" **עיוני משפט** ד 245, עמ' 245-247; ש. גנוסר "הזכויות הרכושיות - סיווג חדש ונפקות" **משפטים** ט (תשל"ט), 5.
 13. ד"ר 21/80 **לביאה ורטהיימר ואח'** נ' **אילנה הררי ואח'**, פ"ד לה' (3) 253.
 14. לא זו בלבד, הזכויות המוכרות כזכויות בנכסי הזולת, הן זכויות אמביוולנטיות. לדוגמה - זכות שכירות יש לה צדדים חוזיים: תנאי השכירות במישור שבין השוכר למשכיר, ויש לה צדדים קנייניים, תוקף השכירות כלפי צדדים שלישיים וכדומה.
 15. שגב, **פרקים בדיני קניין, חלק א'** (עין משפט הוצאה לאור, 2001) עמ' 23.
 16. ד. פרידמן "תורת החיובים הכללית וההיבטים הרכושיים של החיוב" **דיני חיובים - חלק כללי** (העורך ד. פרידמן, 1994) 3, בעמ' 16-17.
 17. התפתחות הגישה האמביוולנטית למהותו של החיוב (כפי שבאה לידי ביטוי במובאה בהלכת ורטהיימר), לוותה ב"חבלי לידה" שהצריכו שינוי זווית המבט כלפיו. התפתחות זו לא היתה קלה ראו: ש. גנוסר "הזכויות הרכושיות - סיווג חדש ונפקות" (חלק ראשון) **משפטים** ט (תשל"ט) 5, בעמ' 11 ואילך והתייחסותו לחיצו הביקורת בחלק השני של מאמרו, **שם** בעמ' 182 ואילך; א. לבונטין "זכות קניין - מהי?" **משפטים** ט (תשל"ט) 384, בעמ' 412; פרידמן, **לעיל** הערה 16, עמ' 4-5.
 18. ראו שגב "על היחס שבין חוק יסוד: כבוד-האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי, בכלל, והסעדים הזמניים, בפרט" **המשפט** ב (1994) 53, בעמ' 60-57 והפניות שם.
 19. פסק הדין המנחה ניתן בפרשת מגדל: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ** נ' **מגדל כפר שיתופי ואח'**, פ"ד מט (4) 221. ראו התייחסות, אסמכתאות ודוגמאות נוספות למתן הגנה חוקתית על אינטרס רכושי, אצל שגב, **לעיל** הערה 15, בעמ' 31-40.
 20. שגב, **לעיל** הערה 15, בעמ' 33.
 21. המירות הינה התכונה המאפשרת העברת הנכס כנגד קבלת תמורה שוות ערך. זאת לעומת עבירות שהיא מונח כללי יותר הכולל מקרים בהם מועברת זכות מחמת מיתה (ירושה), במתנה, באופן כפוי או בכל דרך אחרת.
 22. שכן ייתכנו זכויות רכושיות שאינן קנייניות - זכויות אישיות שיש להן ערך כלכלי, אלא שאין הן זכויות קניין. מאידך תיתכן זכות קניין בדבר שאינו נכס, והדוגמה לכך, לדעתו, הינה זכות הקניין של האדם על גופו: י. ויסמן "בעלות", נכסים - ועבירותן של זכויות קניין: ליבונה של מחלוקת" **הפרקליט** לט (תש"ן) 231 בעמ' 233-234.
 23. י. ויסמן **דיני קניין - חלק כללי** (המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר, תשנ"ג-1993) 57-59.
 24. י. ויסמן **דיני קניין - חלק כללי** 57; ויסמן, מושגי יסוד בדיני קניין (**לעיל** הערה 8) עמ' 71.



25. ש. גנוסר "הזכויות הרכושיות - סיווג חדש ונפקותו" (חלק ראשון) **משפטים** ט (תשל"ט) 5, בעמ' 17-18.
26. לעומת דברי גנוסר, לגישה המטילה ספקות במהותו של הקשר האישי לזכות (והחובה) האישית או הרכושית ולקשיים במדידתו, ראו: א. לבונטין "זכות קניין - מהי?" **משפטים** ט (תשל"ט) 384, 397-410.
27. א. לבונטין "זכות קניין - מהי?" **משפטים** ט (תשל"ט) 384, בעמ' 387.
28. **שם**.
29. **שם**, בעמ' 390.
30. במובן שכאשר הנכס מחליף ידיים, הזכויות עוברות יחד איתו לבעליו החדש.
31. במובן שאין זו זכות שכנגדה חובה אקטיבית של אדם אחר מסוים, כנגדו טוענים "מגיע לי" בעתיד, אלא זכות הקיימת ואומרת "יש כבר".
32. לבונטין, **שם** בעמ' 413-412.
33. פרידמן, הערה 16 **לעיל**, בעמ' 6.
34. הגבלה נוספת על יכולת המימוש, ככל שמדובר בהעברת הזכות, הינה הצורך בהסכמה של הצד השני לקבלת הזכות, בין בשכירות ובין במכר, ובין בכל דרך אחרת. זו אמנם הגבלה על יכולת המימוש (וראו פרידמן, **שם**, הערת שוליים 16), אולם "מניעה" טבעית זו אינה פוגעת במאפיין העבירות.
35. פרידמן, הערה 16 **לעיל**, בעמ' 9-12. גם פרופ' לבונטין מתמקד בהיבט זה של הצורך בשיתוף פעולה מצד החייב - ראו לבונטין, **לעיל** הערה 27, בעמ' 404 ואילך, אלא שהוא עומד על כך שגם זכות קניין מחייבת לעיתים שיתוף פעולה מצד בעליה, ולא זו בלבד, לעיתים החובות של בעל הזכות עוברות לנעבר הזכות, יחד עם הזכות עצמה (ה"חייב החפצי" בלשונו של גנוסר, הערה 25 **לעיל**, עמ' 17 ואילך).
36. למאמר התשובה של פרופ' ויסמן ראו הערה 22 **לעיל**.
37. ג. טדסקי "על זכות הקדימה במקרקעין" **הפרקליט** לו (תשמ"ה) 251.
38. באשר לנקודה זו, פרופ' טדסקי הפנה, בעמ' 252 הערת שוליים 10 במאמרו הנ"ל, לחוק המחאת חיובים. בכל הכבוד נראה, כי הגישה האמביוולנטית מחייבת לראות את עבירותם של החיובים, בפן של עבירות זכות הבעלות בהם, וככאלה, כנכסים.
39. טדסקי, הערה 37 **לעיל**, עמ' 253.
40. ג. טדסקי "קניין ועבירות: הבעלות על השתל המופק מן החיי" **הפרקליט** לח (תשמ"ט) 281.
41. **שם**, בעמ' 291-290.
42. מ. דויטש **קניין חלק א'** (בורסי, 1997) 43.
43. **שם**, בעמ' 44.
44. סעיף 2 לחוק המקרקעין.
45. בהתאם לסעיף 126 לחוק המקרקעין.
46. ראו והשוו: ע"א 495/80 **ברקוביץ ואח' נ' קלימר**, פ"ד (לו) 57.
47. חופש העיצוב קיים גם באשר לזיקת הנאה, אלא שזו מוגבלת לעיצוב זכויות שימוש בלבד במקרקעין, שאין עימן זכות להחזיק בהם.
48. ראו סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: "תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים".
49. סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים.
50. ראו סעיף 7(א) לפקודת השטרות (נוסח חדש) לעניין הגבלת הסחרות, וסעיף 34 לפקודה הנ"ל לעניין הסב מגביל.
51. ראו בעיקר: ע"א 1560/90 **ציטיאט נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל**, פ"ד מח(4), 498.
52. קיימות מספר דוגמאות ל"הוראה אחרת"; ראו למשל - סעיף 62(א1) (העברת הצמדה); סעיף 78 (שכירות); סעיף 93(ג) (זיקת הנאה).
53. לסיכום הפסיקה ראו: רע"א 2821/95 **לוסטיג ואח' נ' מייזלס**, פ"ד (1) 517.
54. הפסיקה בסוגייה זו מתייחסת בעיקר לחכירה מהמינהל, להבדיל מחכירות רגילות. יש מקום גם להבחין בין בעלות "כלכלית" מבחינת יכולת ושיקול הדעת באופן הניצול, לבין בעלות פורמלית טהורה.
55. ראו, למשל: ע"א 2850/99 **בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ**, פ"ד נד(4) 849.
56. ע"א 319/74 **רובינשטיין ושות' חברה קבלנית נ' תמרה פיין**, פ"ד ל(1) 454.
57. ראו, למשל: ת"א (חיפה) 885/92 **ארבל נ' בן ארי ואח'** (תקדין).
58. סעיף 3 לחוק המקרקעין.
59. באשר לעצם ההכרה בה קיימות דעות שונות. ראו לאחרונה: י. ויסמן "תקופת השכירות" **מקרקעין** ב/3 עמ' 3, 9-10.
60. להבדיל מהכרה בה כמשודרגת לבעלות, על פי המבחן הכלכלי.
61. ראו ויסמן, הערה 1 **לעיל**, עמ' 5-6.
62. ע"א 5628/99 **מרקין נ' שרה משה, יורשת המנוח משה יהודה ז"ל**, פ"ד נו(1) 14.
63. גם פרופ' דויטש מצייין, כי תוקפה של הגבלה חוזית על עבירותה של זכות תיבחן על פי סעיף 30 לחוק החוזים הכללי - דויטש, **לעיל** הערה 42, בעמ' 45.
64. ראו, בעיקר: ע"א aes system inc 6601/96 **נ' משה סער ואח'**, פ"ד נד(3) 850.
65. **שם**, בעמ' 863.
66. ע"א 272/86 **הכרי נ' הכרי**, פ"ד מב(2) 411.
67. לעניינינו - דרישת הכתב פורשה כחלה אך ורק על התחייבות לביצוע עסקה במקרקעין. דהיינו, מילוי ההתחייבות משמעו שינוי הרישום עצמו, זאת לעומת עסקת המחאת זכות חוזית להירשם בפנקס - עסקה כזאת פטורה מדרישת הכתב: ע"א 371/85 **פיליפ נ' רוזנברג**, פ"ד מב(1) 584; ע"א 879/92 **מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' רוסמן** (תקדין).
68. זה רק אחד מהאינטרסים של המינהל. קיימים גם נוספים - הבטחת זכויות בן ממשד, הקצאת זכויות לתושבים או לזכאי הכרה במעמד עולה מכוח חוק השבות, ועוד.
69. לעניין ארנונה, ראו: סעיף 324 לפקודת העיריות; סעיף 21 לפקודת המועצות המקומיות. לעניין היטל השבחה, ראו: סעיף 10 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. לעניין תשלומי מסי מקרקעין ראו: סעיף 16(2) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963; סעיף 54(א) לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961; סעיף 12 לפקודת המסים (גביה). קיימות הוראות נוספות, כגון מלוות לפרדסנים, ואמ"ל.
70. ראו: סעיף 85(א) לחוק המקרקעין; סעיף 6(א) לחוק המשכון. לגבי שיעבוד צף ראו סעיף 169(א) לפקודת החברות.
71. ראו י. בהט **חברות - החוק החדש והדין** מהדורה רביעית (כרמל, 2002) עמ' 542-544.
72. למעט שסלין, הגובר תמיד על שיעבוד צף, גם שיעבוד הכולל הגבלה - ראו סעיף 169(ד) לפקודת החברות.
73. סעיף 169(ג) לפקודת החברות.



74. ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים ומנהלים של אלקטרוניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פ"ד כט(1) 121. בעקבות פסק-דין זה שונה סעיף 169 לפקודת החברות ונתאפשר רישום הגבלה בפנקס השיעבודים הפתוח לעיון הציבור.
75. ראו סעיפים 1(א) ו-18 לחוק המשכון.
76. ראו עוד: ש. שגב פרקים בדיני קניין, חלק ב' (עין משפט הוצאה לאור, 2002) 58.
77. בפסיקה של השנים האחרונות הולכת וגוברת ההכרה באינטרס הלגיטימי של הנושים הלא-מובטחים בעת מצבים של חלשות פירעון, ותפקיד המרשם בהגנה עליהם דווקא, ולא רק על הנושה המובטח. ראו לאחרונה: ע"א 6400/99 מיראז' חברה לבנין והשקעות בע"מ נ' בנק הפועלים ואח', פ"ד נו(4) 830. ראו גם מאמרו של ד"ר יחיאל בהט, הפורס נימוקים שונים לשלילת העדפתם של הנושים המובטחים: י. בהט "גבולות החלוקה הבינארית בדיני תחרות" ספר שמגר מאמרים ג' (תשס"ג) 459.
78. סעיף 188(א) לפקודת העיריות.
79. סעיף 188(ב) לפקודת העיריות.
80. "... ואולם רשאי שר הפנים אם ראה שטובת הציבור דורשת זאת, להתיר עשיית שימוש אחר בתמורה" - סעיף 188(ג) לפקודת העיריות.
81. סעיפים 188(ד) ו-197 לפקודת העיריות.
82. סעיף 11 לפקודת המועצות המקומיות.
83. ע"א 15/87 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד מה(1) 342.
84. לנוסח כזה של סעיף ראו, למשל: ע"א 613/77 אדלר נ' שומרי אמונים בע"מ ואח', פ"ד לב(1) 788.
85. בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון (תקדין).
86. בג"ץ 6698/95 עאדל קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258.
87. פרשת עמותת עם חופשי הנ"ל.
88. ראו, למשל, סעיף 8 לחוק חמרי נפץ, תשי"ד-1953.
89. סעיף 13 לפקודת בריאות הציבור (מזון) (נוסח חדש), תשנ"ג-1993.
90. ראו, למשל, סעיף 1(2) לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962.
91. סעיף 1(47) לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962.
92. ראו, למשל סעיף 6 לחוק כלי היריה, תשי"ט-1949; סעיף 8 לחוק החומרים המסוכנים, התשנ"ג-1993, ועוד.
93. ראו, למשל, סעיף 26 לחוק הספנות (כלי שיט), תשי"ד-1960. עוד נציין, כי לפי הנוהל הקיים היום במינהל מקרקעי ישראל, יהודי שהינו תושב זר, המבקש לרכוש זכות חכירה לדורות, מחוייב לתת על תצהיר, לפיו הוא רשאי לעלות לישראל לפי חוק השבות.
94. ראו, למשל, סעיף 21 לחוק העתיקות, תשל"ח-1978; סעיף 2(ב) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; סעיף 5 לחוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983, ועוד.
95. ראו, למשל: סעיף 11 לחוק פיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996.
96. ראו סעיף 6(ב) לחוק השבת אבידה, תשל"ג-1973.
97. סעיף 13 לחוק המקרקעין.
98. סעיף 8 לחוק המקרקעין; סעיף 5(א) לחוק המתנה.
99. עמ' 169.
100. שם, בעמ' 170.
101. י. ויסמן דיני קניין - בעלות ושיתוף (המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר, תשנ"ז) 110-107.
102. דויטש, לעיל הערה 42, בעמ' 46.
103. שם, בעמ' 47.
104. ש. לרנר "המחאת חיובים" דיני חיובים - חלק כללי (ד. פרידמן עורך, 1994) 21, בעמ' 97-100, כפי שמובא בפרשת טקסטיל ריינס, להלן.
105. בית המשפט בפרשת טקסטיל ריינס הפנה גם לפסיקה של בית המשפט העליון, שחלק ממנה יוזכר להלן.
106. לפסיקה מחוזית נוספת ראו י. בהט חברות - החוק החדש והדני מהדורה רביעית (כרמל, 2002) עמ' 549-550.
107. ת"א (תל-אביב) 378/92 בנק פולסקא קאסא אופיקי נ' red rock commodities ltd (תקדין) וכן ת"א 137/92 (בעניין אריחי ייטל) מדינת ישראל נ' אברת סוכנות לביטוח בע"מ (תקדין).
108. י. ויסמן חוק המשכון במסגרת הסדרה פירוש לחוק החוזים, בעריכת ג. טדסקי (המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר, 1974) 169-170.
109. ת"א (תל-אביב) 1247/88 מרכז הארזים נ' בנק לפיתוח התעשייה בישראל בע"מ, פ"מ תשנ"ד (א) 68.
110. יש לציין, כי גם בפסיקה נוספת בית-המשפט סרב להתייחס לטענת "ius tertii" של צד שלישי, הנוגעת למערכת היחסית הפנימית שבין המינהל לבין החוכר. ראו, למשל: ע"א 288/81 קרן תורה ועבודה נ' אגודת בית כנסת שנת הניצחון עולי איראן, פ"ד לח(4) 533; ש. שגב פרקים בדיני קניין, חלק א' (עין משפט הוצאה לאור, 2001) 129-130.
111. ש. שגב פרקים בדיני קניין, חלק ב' (עין משפט - הוצאה לאור, 2002) 63.
112. ע"א 4999/97 כהן נ' מדר, פ"ד נד(2), 385.
113. ע"א 454/85 כל בו שם-טוב בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ ואח' (תקדין).
114. ר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו-ישראלית בע"מ, פד"י כה(2) 121.
115. לאור ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199.
116. ע"א 2836/90 בצר נ' צילביץ, פ"ד מו(5) 184.
117. סעיף 2(א) לחוק המחאת חיובים.
118. באופן שהנושה יקוז את מלוא החוב אליו ולא רק את החלק היחסי שהיה מגיע לו, אלמלא זכות הקיזוז.
119. ראו סעיפים 2(ב) ו-4 לחוק המחאת חיובים.
120. פרשת שם טוב, לעיל.
121. ראו דברי השופטת ביניש בע"א 4796/95 אלחנברה נ' אלענברה, פ"ד נא(2) 669, באותו המקרה דינה של עסקה למכירת מחצית מזכויות החזיונות-אישיות של המוכר לרישום חכירה על שמו, פורשה כהתחייבות אישית בלבד, שאינה מקנה זכות תביעה כלפי המינהל.
122. חלק ב', עמ' 274-275.
123. ראו דוגמה להעדר תחרות מחמת בטלות העסקה הראשונה בשל אי חוקיות - ע"א 141/80 גפני ואח' נ' מאירוב ואח', פ"ד לה(3) 813. ראו גם דבריו של השופט חשין בעניין בנק אוצר החייל בהתייחס לפרשת בוקר.
124. ראו סעיפים 13 ו-55(ב) לחוק המקרקעין.



125. לעניין ביצוע בקירוב ראו: ע"א 2686/99 איזמן נ' קדמת עדן בע"מ, פ"ד נה(5) 365.
126. ראו על כך עוד בפרקים בדיני קניין חלק א', עמודים 71 ואילך.
127. ע"א 1662/99 חזקיהו חיים נ' אליהו חיים, מקרקעין א/6 עמ' 612, ניתן ב-27.8.02.
128. לסיכום הדין העות'מאני בסוגייה זו ראו עו"ד משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל (מהדורה שניה, תשי"ג), 142.
129. לסקירה כללית ראו א. כהן רישום ועסקאות מקרקעין בעריכת עו"ד דוד מימון (החוק והפסק, תשמ"ח) 13-3.
130. חלק א', עמ' 41-43.
131. ראו, למשל: ע"א 272/86 הכרי נ' הכרי, פ"ד מב(2) 411.
132. והשוו עמדת השופטת פרוקצ'יה בפסק-הדין.
133. סעיף 9 לחוק המקרקעין; סעיף 12 לחוק המיטלטלין.
134. שכידוע, לעיתים עשויה להטיל חובות נוספות על מי מהצדדים מכוח עיקרון הסולידריות, או לחילופין עשויה להשתיק את המתנגד בנימוק, שהתנגדותו להכיר בהעברה, מנוגדת לחובת תום הלב.
135. סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.
136. לדוגמה, בפרשת חיים יתכן ולמינהל אינטרס לגיטימי למנוע תפיסת חזקה על-ידי שתי משפחות באותה יחידה, ובמצב כזה היא יהיה רשאי לדרוש את פינויו של האח שזכויותיו אינן רשומות במינהל.
137. ע"א 2643/97 גז נ' בריטש וקולוניאל חברה בע"מ, מקרקעין ב/2 עמ' 105.
138. פרט לתום לב (ושיקולי סבירות והגינות במסגרתם) גם תקנת הציבור ועוד.
139. הסעדים הקנייניים הם בדרך כלל מסוג של "הכל או לא כלום" בעוד שהסעדים החוזיים מתחשבים גם בשיקולי צדק (בעת האכיפה), מידת הנזק (אפשרות לשומה על-ידי בית-המשפט), התנאת האכיפה בתנאים, ועוד.
140. דיני קניין במקרקעין מוגבלים יותר לשיקולי צורה, מעצם העובדה שהם מחוייבים לרישום אחיד.
141. עיקרון זה היה אחד המרכזיים בהנמקת בית-המשפט בפרשת קידוחי הצפון, שהעדיפה את ההסכמה החוזית על פני הפרשנות הותיקה של סעיף 2(ב) לחוק המשכון: רע"א 1690/00 מ. ש. קידוחי הצפון בע"מ ואח' נ' ורד גוילי - מפרקת זמנית ומנהלת מיוחדת ואח' (מיום 19.5.03).
142. פרשת חיים, שראינו לעיל; פרשת ברדיגו: ד"נ 39/80 ברדיגו נ' ד.ג.ב. 9 טקסטיל בע"מ, פ"ד לה(4) 197.
143. ע"א 524/88 "פרי העמק" נ' מושב שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529.
144. שיקול הצדק הנחה את בית-המשפט העליון שלא להותיר את תמונותיו של ראובן בידיה של גבי כנען, ולדעת הנשיא, אף אם היתה ממלאת אחר כל תנאי תקנת השוק, היה מקום להשתיק אותה מעשיית שימוש בדוקטרינה זו, מחמת חובת תום הלב. ניתוח הסוגייה בפרשת כנען, בו תמך הנשיא, היה חוזי ולא קנייני: דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארה"ב, ניתן ביום 20.2.2003. למעוניינים, הקדשתי את גיליון 26 של חדשות עין משפט לניתוח של פסק-הדין: ש. שגב, "EASY COMES, EASY GOES", חדשות עין משפט 26 (מרץ 2003).
145. ראו את הביקורת של חוות דעת המיעוט בפרשת כנען.
146. שגב, נגנזה, לעיל הערה 6, עמ' 59 ואילך.
147. ראו: י. כספי, "ועכשיו: ברק מתחיל לדבר על מהפכה חברתית", עורך הדין 38 (יוני, 2003) 46.
148. עת"מ (תל-אביב) 1112/03 ישראל טויטו יו"ר עמותת "מכל הלב" נ' עירית תל-אביב (השופט ד"ר עודד מודריק, מיום 29.5.03).

